

USO DEL AGUA EN CUENCAS HÍDRICAS INTERPROVINCIALES. ANÁLISIS DE LA CAUSA *LA PAMPA, PROVINCIA DE C/MENDOZA,* *PROVINCIA DE S/ USO DE AGUAS* DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Carlos Sánchez Mas

Foro de Abogados de San Juan. Red federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065)

carlossanchezmas@gmail.com

Resumen

Este trabajo analiza el voto en mayoría de las sentencias del 20 de diciembre de 2017 y del 16 de julio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa *La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (Fallos: 340:1695). Se identifican las normas y principios involucrados en ambas sentencias y se correlaciona con la demanda entablada por la provincia de La Pampa contra la provincia de San Juan por la construcción de la represa El Tambolar. Finalmente, se reconoce una tendencia jurisprudencial de la CSJN y su relación con la geopolítica del agua.

Palabras clave: agua, sustentabilidad, cuenca hidrográfica interprovincial, caudal mínimo ecológico, La Pampa, Mendoza.

Sustainable Use of Interprovincial Water Basins.

Analysis of Province of La Pampa v. Province of Mendoza on use of water before the Argentine Supreme Court of Justice

Abstract

This paper analyzes the majority vote of the judgments of December 20, 2017 and July 16, 2020 of the Argentine Supreme Court of Justice (CSJN) in *Province of La Pampa v. Province of Mendoza on use of water* (Fallos 340:1695) identifying the rules and principles involved in both judgments. The case is compared to the action initiated by the province of La Pampa against the province

of San Juan for the construction of the El Tambolar dam. Finally, a jurisprudential trend of the CSJN and its relationship with the geopolitics of water are recognized.

Key words: water, sustainability, interprovincial river basin, minimal ecological flow, La Pampa, Mendoza.

1. Introducción

El agua dulce es un bien imprescindible para la subsistencia y desarrollo de la vida en todos sus aspectos, pero, además, es escaso (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 214). Su gestión adecuada es fundamental para toda sociedad humana, pues su escasez o ausencia trae aparejado problemas que pueden generar enfrentamientos entre grupos sociales que se debaten por compartir o acaparar su uso. El problema de la gestión, la propiedad y la naturaleza jurídica del agua deben ser abordados por los Estados con especial consideración de los derechos involucrados y los sujetos afectados.

Estas consideraciones han sido contempladas en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa caratulada *La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (Fallos: 340:1695), del 1 de diciembre de 2017 y del 16 de julio de 2020. Así, en el considerando 8° del segundo fallo, la Corte advierte que “en este caso se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución”.

La forma federal de gobierno argentina exige que las provincias acuerden el uso sustentable de los cursos de agua interprovinciales a fin de no causar daño a otra u otras, en tanto la extensión de las cuencas hídricas puede exceder los límites administrativos provinciales. En efecto, las cuencas hídricas interprovinciales deben ser entendidas como la unidad que comprende a toda la extensión del río, su cauce, afluentes, flora y fauna, independientemente del límite político que separa a las provincias.

De este modo, la CSJN pudo afirmar en el considerando 13° del fallo de 2017 que

la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales. Ello es así porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales.

En sus consideraciones, la CSJN acudió al paradigma ambiental de la concepción ecocéntrica, opuesto a la antropocéntrica; a la idea rectora del agua

como derecho humano antes que como recurso económico; a la explotación razonable de los recursos naturales; a la visión sistémica de la cuenca hídrica y al fortalecimiento del federalismo para la gestión eficiente del ambiente.

2. Objeto del proceso judicial: problemas asociados al uso del río Atuel

En el año 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la demanda de la provincia de La Pampa contra la provincia de Mendoza por un caudal mínimo del río Atuel cuyas aguas son represadas en Mendoza, evitando así que fluyan hasta La Pampa. La provincia de Mendoza rechazó la pretensión pampeana. En el año 2020, el Tribunal volvió a emitir un fallo aclaratorio y dirimente.

La problemática se centra en la regulación de un caudal mínimo del río Atuel hacia la provincia de La Pampa desde la provincia de Mendoza. De este problema central derivan otros con efectos en el noroeste de La Pampa, tales como la desertificación del suelo, la falta de agua para consumo, la afectación de actividades económicas y la imposibilidad de poblar eficientemente el sector geográfico afectado.

Desde otra perspectiva, se pueden observar problemas tales como la falta de inversión pública en obras hidráulicas para abastecer de agua al área afectada y la falta de políticas públicas para el desarrollo equilibrado de regiones dentro de cada provincia.

Es posible reconocer, a partir del fallo de 2017, los siguientes problemas ambientales derivados de la falta de un caudal mínimo:

- El funcionamiento desequilibrado de la naturaleza como sistema y la afectación a su capacidad regenerativa y de resiliencia (considerando 11º, 1º párrafo).
- Sequía y desertificación (considerando 12º).
- Afectación de flora y fauna (parte resolutive).
- Escasez o ausencia de agua para consumo humano y animal (considerando 15º).
- Afectación del modo de vida de comunidades originarias (considerando 15º).
- Falta de obras de infraestructura hidráulica (parte resolutive).

Estos problemas refieren directamente al concepto de daño ambiental (artículo 27, Ley 25675) que la CSJN considera probado en la provincia de La

Pampa y debe ser reparado oportunamente (artículo 28, Ley 25675 y artículo 41 de la Constitución Nacional), según los principios de gradualidad y no regresividad, entre otros.

La causa reconoce un antecedente entre las mismas partes, resuelto por la CSJN en el año 1987 (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 236). Sin embargo, en el considerando 5º, primer párrafo se estableció que aquella sentencia no se confunde ni se identifica totalmente con la del año 2017, por lo que se descartó la excepción de cosa juzgada interpuesta por la provincia de Mendoza. Así, se dijo que

si bien en el sub examine se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel – que ha sido calificado como interprovincial, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

La CSJN se expresó nuevamente sobre la excepción de cosa juzgada en el considerando 7º de la sentencia de 2020, rechazándola por los mismos motivos expresados en el párrafo precedente.

La repetición del planteo ante la CSJN por el aprovechamiento del río Atuel muestra, por un lado, su gran importancia y, por otro, la ineficiencia del Estado nacional y las provincias involucradas para gestionar una solución a largo plazo. Además, evidencia la difícil aplicación del principio de buena fe federal aludido en el considerando 6º del fallo de 2017.

Resulta positivo que, desde el inicio, la CSJN haya declarado su competencia originaria, basada en el art. 127 de la Constitución Nacional, lo que debería funcionar como una solución a la cuestión de competencia en procesos similares.

3. Análisis de la sentencia del 1 de diciembre de 2017

La CSJN resolvió: 1. Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza, con costas en el orden causado (artículo 1º, Decreto 12.04/2001). 2. Ordenarles a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa. 3. Ordenar que las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado nacional, elaboren por inter-

medio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación con la problemática del Atuel, como también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza en los términos del considerando 15 *in fine*. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación de este tribunal dentro del plazo de ciento veinte días.

4. Exhortar a las provincias de La Pampa y Mendoza, y al Estado nacional, a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la (CIAI), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creada.

A continuación se analizan los cuatro puntos de la parte resolutive.

Punto 1: los nuevos paradigmas. El rechazo de la excepción de cosa juzgada por parte de la CSJN, interpuesto por la provincia de Mendoza, se basa en el reconocimiento de la adopción de normas y principios que han ampliado en forma considerable la visión acerca del ambiente, particularmente desde la reforma constitucional de 1994.

La desestimación de la excepción no respondió a cuestiones procesales, sino de fondo, pues, como lo afirma la CSJN, “el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance”. Estas “cuestiones de mayor alcance” pueden relacionarse con las normas ambientales constitucionales y convencionales y la normativa infraconstitucional dictada desde 1994.

La incorporación del paradigma ambiental —mediante los artículos 41 y 43— a la Constitución Nacional en 1994 fue una novedad en nuestro sistema constitucional. Aunque los esfuerzos públicos por proteger el ambiente pueden rastrearse desde mucho antes: Brailovsky y Foguelman (2009) citan las ideas de Florentino Ameghino, quien, ya en el siglo XIX entendía la necesidad de encarar de manera homogénea la cuestión de las cuencas: “Este sabio había propuesto un manejo integrado de cuencas, según el cual las sequías y las inundaciones eran consideradas partes de un mismo problema, el del manejo hídrico, y debían ser atacados en forma conjunta” (p. 162). Además, existen antecedentes legislativos de antaño, aunque no acusaron efectivo cumplimiento. Son ejemplos: la Ley 2797 del 5 de septiembre de 1891 para la gestión de aguas cloacales e industriales y la Ley 13246 sobre arrendamientos y aparcerías rurales, particularmente el artículo 8°.

Finalmente, debe decirse que la CSJN ha considerado al agua como bien jurídico protegido no como “sujeto de derecho”. Esta es la concepción que debe entenderse respecto del agua en la causa objeto de este trabajo y en el derecho argentino.

Punto 2: el caudal mínimo. Puig et al. (2016) expresan, en coincidencia con el pensamiento de la CSJN, que

la definición actual de caudales ambientales es la expresada en la Declaración de Brisbane (Australia) de 2007: “cantidad, momento y calidad de los caudales de agua necesarios para mantener ecosistemas de agua dulce y de estuario, así como el sustento y bienestar humano que dependen de estos ecosistemas”. El objetivo primordial de los caudales ambientales es adecuar la magnitud y el momento de los caudales salientes de la infraestructura de agua (represas, por ejemplo) para restaurar el régimen hidrológico natural o el normativo, a fin de beneficiar a los tramos del río que se encuentran aguas abajo y a sus ecosistemas ribereños. (p. 101)

La CSJN reconoció como debidamente probado que la falta de un caudal mínimo en el río Atuel ha sido causa de deterioro ambiental en el noroeste de la provincia de La Pampa. Así, estableció en el considerando 15° que “la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema quedó acreditada, no solo por los precedentes de este caso, sino también en la audiencia pública y en los informes sobre la desertificación del área”.

En consideración a lo anterior, les ordenó a las partes establecer un caudal mínimo fluvio-ecológico para defensa del ecosistema y un caudal mínimo ambiental para fines sociales. La base para el reconocimiento del derecho al caudal mínimo reside en los servicios ecosistémicos que brindan las cuencas y las consecuencias negativas de su deterioro. Según Puig et al. (2016),

los esfuerzos para conservar los ecosistemas también contribuyen al bienestar social y a la reducción de costos económicos. Considerando la perspectiva del cambio climático, la protección de la integridad de los ecosistemas aumenta la probabilidad de conservar su capacidad adaptativa para mantener dichos servicios (...) (p. 93).

La evidencia científica muestra que los ecosistemas fluviales dependen básicamente de su cuenca hidrológica, por lo que resultan muy influenciados por los usos y las modificaciones humanas en la misma. La propia red fluvial es importante para la continuidad de los procesos de los ríos. La integridad y sustentabilidad de estos ecosistemas depende de que el caudal se mantenga dentro de su rango de variación natural. (p. 94)

Punto 3: el ámbito institucional de gestión de la cuenca. El tribunal señala al Comité de Cuenca como el medio idóneo para la gestión de la cuenca interprovincial. En lo concreto, este comité es el CIAI. Con ello se pretende encuadrar coherentemente la cuestión en el sistema federal de gobierno, entendiendo las atribuciones provinciales como una interacción articulada (considerando 6°).

Este organismo integrado por La Pampa, Mendoza y el Estado nacional deberá proponer el plan de obras civiles hidráulicas necesarias para la concreción del punto II de la parte resolutive. Este plan se compone de medidas caracterizadas como correctivas por Lorenzetti y Lorenzetti (2018, p. 235), pues deben reparar los daños causados por la infraestructura actual.

La CSJN define en el considerando 13° el objeto de gestión de dicho comité, es decir, la cuenca hidrográfica: “El espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca”.

Coincidentemente, en el precedente *Majul Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental*, considerando 11°, la entendió como

la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular (Fallos: 340:1695). La cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales.

En la sentencia de 2020, la CSJN exhorta a las partes y al Estado nacional a conformar un nuevo comité de cuenca.

Punto 4: los recursos financieros. Con realismo, la CSJN entiende que sin obras de infraestructura no hay buen manejo del agua y, concomitantemente, sin financiamiento suficiente no será posible realizar tales obras. Con ello, las partes integrantes de la CIAI deben repensar las tarifas devengadas por el uso del agua como un elemento fundamental del servicio de agua, sea para riego, consumo o saneamiento.

En este punto, el tribunal modificó su recurso gramatical, variando el verbo “ordenar”, utilizado en los puntos anteriores, por “exhortar”. Así, entiende que no puede ordenarles a las partes que doten de recursos financieros al CIAI para su funcionamiento, sino solo exhortarlas a ello como mejor camino para alcanzar los fines de su creación.

4. Análisis de la sentencia del 16 de julio de 2020

Esta sentencia se emitió ante la falta de avances sustanciales en el cumplimiento de lo ordenado en 2017, analizado en el punto anterior. Lo relevante de este fallo es que el tribunal fija, aunque con carácter provisorio, el caudal mínimo ecológico que debe transportar el río Atuel desde Mendoza hacia La Pampa.

El cumplimiento de la sentencia de 2017 se apreciaba ciertamente complejo por la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo debido a que era una sentencia novedosa, por la magnitud de las obras de infraestructura hidráulica necesarias, por la reticencia de las partes a afrontar los gastos de tales obras, por la existencia de intereses contrapuestos entre las partes, por la entidad y autoridad de las partes: provincias, es decir, personas jurídicas de derecho público estatal, y por las desavenencias en cuanto al resultado del método de determinación del caudal mínimo.

Para subsanar la falta de cumplimiento, la CSJN asume un rol activo, expresando en el considerando 5° que “al no haberse alcanzado ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, le corresponde a esta Corte definir el curso de acción a seguir”. El tribunal recuerda, además, la diferencia entre competencia jurisdiccional y competencia dirimente, expresando que, como consecuencia de la segunda,

el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que “tan enfática como la prohibición a las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto”. (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt)

Esta postura y la determinación de su competencia originaria es muy encomiable, pues permite dejar establecido que el Poder Judicial debe ejercer una acción activa, concreta y eficiente en la resolución de conflictos relacionados con el logro del uso sustentable de las cuencas hidrográficas interprovinciales.

En los considerandos 6° “d”, 13° y 16°, primer párrafo, el tribunal establece la necesidad de aplicar una solución de cumplimiento escalonado o gradual. Por lo tanto, el caudal mínimo ecológico fijado tendrá carácter cautelar o provisorio (la Corte usa la expresión “meta interina”) hasta tanto nuevos estudios permitan establecer uno definitivo. Ello no significa un medio de dilatar la solución del caso en beneficio de la provincia de Mendoza, sino un recurso realista guiado por los principios de buena fe y progresividad. También por el principio de no regresividad (Acuerdo de Escazú,¹ artículo 3, inciso c), pues la aplicación de remedios graduales supone concretar soluciones según etapas sin volver a recaer en los problemas que caracterizaron a la etapa superada.

1 El nombre oficial de este tratado internacional es: Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Para llegar a la parte resolutive, la CSJN sienta, en el considerando 7°, importantes ideas jurídicas rectoras de la gestión sustentable del agua que exceden al presente caso, influyendo sobre todas las cuestiones litigiosas de sustentabilidad ambiental planteadas ante el tribunal:

la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico. **El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.** Para la Constitución Nacional el ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.²

En su parte resolutive, el fallo expresa fundamentalmente: 1) la determinación del caudal mínimo constante³ del río Atuel en la cantidad de 3,2 m³/s medidos en el límite interprovincial entre ambas provincias, según la metodología explicada en el considerando 11° y en carácter provisorio, cautelar o “interino”; 2) la orden para que se lleven a cabo estudios que permitan conocer las obras hidráulicas necesarias, su costo, distribución del financiamiento y plazo de ejecución en el marco de CIAI y además un “programa de monitoreo permanente que permita el control en el tiempo, de la provisión del caudal mínimo fijado y de la evolución de la biota, la salinidad y los niveles freáticos”; 3) la previsión de que, ante la falta de cumplimiento, el tribunal decidirá y ordenará la conducta que deben asumir las partes en uso de su competencia dirimente, según explica en el considerando 6°. En este punto, la Corte podría aplicar el principio de responsabilidad común, pero diferenciada repartiendo las cargas según corresponda a cada jurisdicción; 4) la solicitud de constitución de la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA) en reemplazo de la CIAI, según propuesta de la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica del Gobierno nacional (hoy, Subsecretaría de Recursos Hídricos) con el fin de aumentar la coopera-

2 La negrita es propia.

3 Aunque la Corte usa la palabra “permanente”, podría interpretarse que en realidad quiso expresar “constante”, pues se refiere al caudal que, fijado en 3,2 m³/s, no debe variar de esa cantidad (será, por ello, constante) hasta tanto se determine el caudal definitivo (no será, por ello, permanente).

ción entre los actores: las dos partes enfrentadas en el proceso contencioso y el Estado nacional. En esta medida se observa que, sin perjuicio del rol activo asumido, la CSJN sigue urgiendo a las partes a practicar el federalismo de concertación, la buena fe federal y arribar a una solución mediante el diálogo y la persuasión de los argumentos de orden jurídico ambiental expresados en los considerandos de este fallo cuanto en el del 1 de diciembre de 2017.

5. El derecho invocado por la CSJN

La CSJN destaca, en el considerando 5° de la sentencia de 2017, el artículo 41 de la Constitución Nacional, afirmando que

[e]l ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

Es necesario recalcar que las cuencas hídricas son una unidad, con límites geomorfológicos que no coinciden necesariamente con los límites políticos de las provincias. Por ello, nuestro sistema jurídico constitucional establece un mecanismo de leyes sectoriales de presupuestos mínimos y uniformes para todo el país dictadas por el Congreso de la Nación, que pueden ser complementadas por las provincia. Esta forma de legislar tiene por finalidad la aplicación de soluciones uniformes a un objeto que es común a dos o más jurisdicciones provinciales: el ambiente en general y la cuenca hídrica en particular.

La aplicación de diferente solución normativa a un mismo objeto puede incidir en su mala gestión, degradación o ineficiente uso del recurso. De Bianchetti (s.f., como se citó en Minaverry, 2016) afirma que

el aire o el agua, son recursos que trascienden las fronteras, motivo por el cual los Estados deben coordinar sus políticas en vistas a la preservación de tan esencial recurso. Este recurso hídrico puede a su vez ir asociado con grandes problemas climáticos: sequías o su antítesis: las inundaciones. (p. 19)

El mecanismo constitucional de leyes sectoriales de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso de la Nación innova respecto al sistema tradicional, que es la potestad del Congreso para dictar los códigos de fondo, dejándoles a las provincias el dictado de los respectivos códigos de forma o procedimiento (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional). Antes de la reforma constitucional de 1994, la política ambiental era competencia provincial (Minaverri, 2016, p. 19).

Por su raigambre y tradición acumulada, además del orden y armonía sistémica, habría sido preferible que la norma constitucional disponga que el Congreso de la Nación dicte un código de presupuestos mínimos de gestión ambiental y las provincias sus respectivos códigos procedimentales, pudiendo ampliar el piso mínimo de protección dispuesto por el Parlamento.

Entre las doce leyes de presupuestos mínimos vigentes, la CSJN consideró, para las conclusiones de la causa, la Ley 25675 (General del Ambiente) y la Ley 25688 (Régimen de gestión ambiental del agua). Además, tuvo en cuenta los Principios de gestión integrada del recurso hídrico elaborado por el Comité Hídrico Federal, (COHIFE), según se desarrolla en el próximo título.

Asimismo, en el considerando 13º, la CSJN tuvo presente normativa de fuente internacional, como la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, ratificada por la Ley 24701, y la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar), ratificada por la Ley 23918, al advertir que el país podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de estas normas. Recuerda Pigretti (2007) que “a partir de la reforma constitucional además del artículo 41 (...) debemos mencionar el artículo 75, inciso 22 que le otorga primacía a los tratados internacionales por sobre las leyes de la Nación” (p. 54).

La Corte también citó los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Comunidad Indígena Yake Axa vs Paraguay* y *Velez Loor vs. Panamá* como representativos del sistema interamericano, en los que se remarcó la importancia basal del acceso al agua como corolario para el goce a otros derechos. Ello trae a la aplicación otro tratado internacional: la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

La referencia a precedentes del sistema interamericano es importante porque puede sustentar jurídicamente la interposición del diferendo entre ambas provincias ante la CIDH en caso de incumplimiento de la sentencia de 2020. Dice Rodríguez (2012) refiriéndose a la Convención Americana sobre Derecho Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) que

no pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera eficacia directa en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto en que no han participado formalmente como parte material. (p. 172)

La razón que da el autor es clara: la CIDH es órgano tanto de aplicación como de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo tanto, sus interpretaciones tienen igual eficacia que el texto mismo de la Convención. Además, ese es el sentido que cabe asignarle a la expresión “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75, inciso 22, segundo párrafo de la Constitución Nacional: el Pacto de San José de Costa Rica es norma operativa teniendo en cuenta las reservas expresadas por nuestro país al ratificarlo y según es aplicado e interpretado por los órganos creados por el mismo tratado a ese efecto.

6. Principios jurídicos invocados por la CSJN. Preeminencia del principio de progresividad

Los principios jurídicos son un “criterio directo de interpretación de las normas legales” según el lugar que les otorga el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (Tobías, 2018, Tomo I, p. 113). Para este autor, los principios deben ser entendidos como fuente del derecho y no solo como pauta interpretativa. En esta causa, la CSJN parece haber seguido el segundo criterio.

En comentario al fallo *Callejas*⁴ de la Corte Suprema de Panamá, Cafferata (2024, p. 1) observa la tendencia en el derecho comparado a resolver conflictos ambientales mediante una fuerte consideración a los principios jurídicos ambientales:

El presente fallo, que vamos a reseñar, se inscribe dentro de este fenómeno mundial, aunque a su vez, nos ofrece un desarrollo sumamente didáctico e interesante, porque responde a otra tendencia muy marcada a nivel jurisprudencial en el Derecho Comparado, fruto a nuestro juicio del Estado de derecho constitucional, en su versión ambiental. Nos referimos a los fallos de los STJ que denotan una jurisprudencia de principios y valores.

4 Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Juan Ramón Sevillano Callejas, actuando en su propio nombre, contra el artículo 1 de la Ley 406 del 20 de octubre de 2023 que aprueba el Contrato de Concesión Minera entre el Estado panameño y la sociedad Minera Panamá S.A. (antes, Minera Petaquilla S.A.).

La CSJN cita el principio N° 17 del COHIFe, órgano de derecho público compuesto por todas las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional. Este principio alude a *la gestión integrada del recurso hídrico*, lo cual supone coordinación e integralidad en la gestión del agua compartida por dos o más jurisdicciones. La CSJN exhorta a nación y provincias a trabajar mancomunadamente para el fortalecimiento institucional y la solución del diferendo. Ello se observa en el punto IV de la sentencia de 2020 que insta la creación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel. El principio 17 ha sido definido en estos términos por el COHIFe:

La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas. Asimismo, la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales. (Dardis, 2013, pág. 60)

El principio de *crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias* fue alegado por la parte actora y reconocido por la CSJN al acceder al pedido del caudal mínimo ambiental. Su fuente es constitucional y se halla en el art. 75, inc. 19, 2° párrafo de la Constitución Nacional.

El principio de *lealtad federal* es aludido por la CSJN a fin de instar a las partes una conducta guiada por la buena fe en el ejercicio de sus competencias, tanto las compartidas como aquellas les son privativas. Al igual que en el caso anterior, tiene fuente constitucional en los arts. 5° y 127° de nuestra ley fundamental.

El principio de *progresividad* es citado por el tribunal para regir la solución dada a los problemas ambientales, de modo tal que ella se aplique con la debida prudencia y sea recibida por las partes sin causar un cambio traumático. Este principio tiene fuente legal en la Ley 25675 General del Ambiente, artículo 4: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”.

Tal principio parece ser guía para la solución del caso, pues se repite en los considerandos 13° y 16° de la sentencia del 16 de julio de 2020. Expresa la corte en el primero de ellos:

Dicho principio es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema. De la misma manera, tampoco es posible asegurar a priori que el caudal hídrico apto propuesto por la actora sea el adecuado para recomponer la biota y el suelo en el área afectada en territorio pampeano.

El principio de subsidiariedad, contemplado en el artículo 4° de la Ley 25675, ha sido recepcionado en la exhortación que realiza la Corte para que el Estado federal aporte parte del financiamiento para la ejecución de las obras hidráulicas necesarias.

La Corte expresó que el país podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de tratados internacionales, según se dijo más arriba. Por ello, dentro del derecho ambiental internacional, es propio considerar el principio de *soberanía y responsabilidad*. Expresa López Zamarripa (s.f.), que “el derecho internacional ambiental se ha desarrollado entre dos principios aparentemente contradictorios. Primero, los estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales. Segundo, los estados no deben causar daño al medio ambiente” (p. 2).

En realidad son dos aspectos concomitantes del derecho ambiental: el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales no supone su uso ilimitado, sino racional, circunscripto por la obligación de no causar daño a otra u otras provincias o países ni a los ecosistemas dentro del propio ámbito provincial, conforme al artículo 41 de la Constitución Nacional: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

La CSJN refiere también al principio de equidad intergeneracional (Constitución Nacional, artículo 41; Acuerdo de Escazú, artículo 3, inciso g; Ley 25675, artículo 4) en el considerando 8° de la sentencia del 16 de julio de 2020: “Se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente”. Se trata de prever el uso futuro de los servicios ecosistémicos que brinda el ambiente estimando su aprovechamiento o beneficio igual o mejor que en el presente por grupos sociales aun por existir. En términos de derecho sucesorio sería, *mutatis mutandis*, una norma general de protección de la herencia futura, en este caso, fundada en un interés colectivo que establece pautas para lograr la unidad, conservación y aprovechamiento razonable de un conjunto de bienes, sin perjuicio de los derechos del titular actual.

Borda (1999, p. 63) sostenía que aunque la referencia de las normas civiles a los principios generales del derecho hacían alusión directa al derecho natural como *corpus iuris* no escrito, todos los principios jurídicos podían encontrarse expresa o tácitamente en la Constitución Nacional. Según esta opinión, todo principio tendría su correlato en un artículo o disposición transitoria de nuestra ley fundamental. Esto no debe ser necesariamente así en referencia a las cuestiones ambientales, pues la rápida evolución de los problemas del ambiente ha generado principios nuevos o interpretaciones novedosas de principios conocidos; además, los principios pueden hallarse también en el derecho de fuente internacional, como los tratados y la costumbre, no obstante la tendencia legislativa actual a positivizar los principios del derecho, tal como se observa en la Ley 25675, en el Acuerdo de Escazú, etcétera.

7. Evidencia de una tendencia jurisprudencial de la CSJN en cuanto al uso sustentable del agua

La jurisprudencia de la CSJN acusa una tendencia marcada al reconocimiento de los derechos humanos ambientales en sentido amplio, particularmente en el uso sustentable del agua.

Así, en los ya citados fallos *Majul y Kersich*, la CSJN declara expresamente que el acceso al agua es un derecho indispensable para la vida y, por ello mismo, debe ser fuertemente tutelado por los jueces. En el mismo sentido, ha establecido que el paradigma de protección del agua es ecocéntrico en contraposición al paradigma antropocéntrico y no tiene en cuenta los intereses privados o estadales, sino los propios del sistema hidrológico.

En la causa *Barrick Exploraciones Argentina S.A. y otro c/Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad*, la CSJN reconoció la preeminencia del valor ambiente por sobre el derecho al ejercicio de industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional). En efecto, si la industria no es ambientalmente sustentable, tampoco es lícita. En comentario a este fallo, Pedreira (2020) ha expresado que

cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, que involucran, en el caso, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos. (p. 259)

El fallo *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)* comprendió la importancia de la gestión eficiente de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo, ordenando medidas destinadas a sanear las aguas, brindar servicios de agua corriente a la población, limpiar basurales y erradicar industrias ambientalmente nocivas, entre otras.

Esta tendencia tiene su correlato en leyes y constituciones latinoamericanas, como las de Uruguay, Ecuador, Costa Rica y México, particularmente en el derecho al acceso al agua como recurso vital y estratégico, según explican Cáceres y Minaverry (2014, pp. 148-149).

En el mismo sentido, en el considerando 12° *in fine* de la sentencia del 16 de julio de 2020, la CSJN afirma: “Cabe destacar que esta Corte ha establecido que en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (Fallos: 337:1361)”.

Los efectos de tal línea jurisprudencial no se agotan en los límites de la nación, sino que deben tener una influencia positiva en la geopolítica del agua. Battaleme (2020) afirma que los recursos naturales estratégicos y particularmente el agua “son cartas de poder que otorgan ventajas posicionales, transformándose en fuentes transaccionales centrales dependiendo de las necesidades económicas y políticas de los estados que se ven involucrados en la dinámica de los intercambios” (p. 3).

La tendencia que se observa en la CSJN en la protección efectiva del agua debería, sumado a la acción política de los otros poderes del Estado, tanto nacional como provinciales, otorgarle a la Argentina una ventaja comparativa en el concierto de las naciones por la disposición de agua en calidad y cantidad suficientes para consumo de su población y las necesidades de su comercio e industria.

El potencial de conflictividad del problema de escasez del agua y la urgente necesidad de aplicar soluciones eficientes y duraderas ha sido advertido por el papa Francisco (2015):

Una mayor escasez de agua provocará el aumento del costo de los alimentos y de distintos productos que dependen de su uso. Algunos estudios han alertado sobre la posibilidad de sufrir una escasez aguda de agua dentro de pocas décadas si no se actúa con urgencia. Los impactos ambientales podrían afectar a miles de millones de personas, pero es previsible que el control del agua por parte de grandes empresas mundiales se convierta en una de las principales fuentes de conflictos de este siglo. (p. 30)

En el sentido expresado por su santidad el papa Francisco, se puede observar que la tendencia asumida por la CSJN, sobre todo expresada en el Considerando 7° de la sentencia de 2020, predispone al Estado de derecho ambiental para la prevención de conflictos derivados de la disponibilidad de agua dulce.

8. Causa *La Pampa, Provincia de c/San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo ambiental*

Esta demanda fue promovida por la provincia de La Pampa contra la provincia de San Juan y el Estado nacional mediante acción de amparo fundada en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional. La parte actora solicitó que se ejecuten los estudios de impacto ambiental y estudios de impacto estratégico en toda la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado⁵ que determinen el grado de afectación al ambiente por el impacto de la construcción de la represa El Tambolar sobre el río San Juan, en la provincia homónima. La parte actora alegó la producción de daño ambiental aguas abajo por la merma del caudal hídrico que alimenta a la cuenca.

Esta causa acusa una primera sentencia el 23 de mayo de 2021 y una segunda el 23 de noviembre de 2023.

En su primera medida, la CSJN adoptó una actitud activa en la tutela del agua. Así, en el considerando 3° estableció que

le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.

En ese marco, alude a la Ley 25675 General del Ambiente, particularmente a las potestades que el artículo 32 les otorga a los jueces para resolver las cuestiones ambientales. De ese modo, en el considerando 4° declara que

el Tribunal “como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el

5 El curso de agua posee diferentes nombres en su recorrido por las diferentes provincias que atraviesa: en La Rioja: Bonete y Vinchina; en San Juan: Bermejo; en San Luis: Desaguadero y Salado; en La Pampa: Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado.

interés general” (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Este razonamiento también fue sostenido en la causa *Kersich Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo*, en la que la CSJN dijo en el considerando 10 que

[t]ratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión (Fallos: 333:748; *Mendoza, Beatriz Silvia*, Fallos: 329:3445).

En la parte resolutive del fallo de 2021, la CSJN les ordena a la provincia de San Juan y al Estado nacional la producción de informes relacionados con los aspectos ambientales de la construcción de la represa. En dicho informe, la provincia de San Juan afirma que los ríos San Juan y Jáchal corresponden a cuencas endorreicas, como todas las de esa provincia, y, por lo tanto, no forman parte de la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado.

En la sentencia del 23 de noviembre de 2023, la CSJN finalmente rechaza la demanda y ordena su archivo por considerar que: a) no existe controversia justiciable; b) la parte actora no ha probado concretamente el daño; y c) no se puede soslayar la competencia del Comité de Cuenca que la parte actora pidió conformar y actuar en el caso en el marco del federalismo de concertación y las competencias propias de los poderes ejecutivos provinciales y nacional.

En cuanto al primer argumento de rechazo, la Corte puntualiza en el considerando 2° que

se configura un “caso justiciable” cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial (Fallos: 307:2384, *Constantino Lorenzo* y, más recientemente, Fallos: 342:917 *in re Barrick*, considerando 6°, entre muchos otros).

Y el considerando 3°:

la cuestión sometida por la actora a examen de este Tribunal no puede ser asimilada al supuesto de “causa” o caso contencioso, que habilite la jurisdicción de los tribunales federales de conformidad con las normas mencionadas en la medida en que la parte actora no ha demostrado tener un interés directo en el dictado de un pronunciamiento judicial, que remueva un obstáculo al que atribuya la lesión de las prerrogativas.

En el considerando 4°, el tribunal descarta la existencia de perjuicio concreto:

si bien la actora refiere enfáticamente a lo largo de su escrito de demanda a las afectaciones que le generarían, en general, la política hídrica desarrollada por las provincias ubicadas aguas arriba de la cuenca, y las obras de diversa naturaleza allí instrumentadas, no identifica en ningún momento cual sería el agravio (potencial o actual) que la implementación de la obra de la represa “El Tambolar” específicamente le genera a sus prerrogativas.

Esta causa posee diferencias con la entablada por la provincia de La Pampa en relación con el río Atuel: a) por estar controvertida la pertenencia del río San Juan a la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado; b) por tratarse de una represa en construcción, es decir, sin impacto concreto; c) por la ausencia de “causa justiciable”, según el considerando 2° citado; d) correlativamente por no estar probado el daño ambiental; y, finalmente, e) por estar controvertido que la construcción de la represa pueda menguar el caudal hídrico en razón de su ubicación entre dos represas actualmente operativas sobre el río San Juan. En efecto, la Corte ha considerado que en tanto la obra hidroeléctrica El Tambolar sobre el río San Juan se encuentra entre dos represas ya construidas y en operación como partes del sistema de represas en “cascada”, sobre este río no habría disminución del caudal dispensado río abajo.

En relación con el punto b) del párrafo anterior, sorprende que la Corte Suprema no haya aludido al principio precautorio. En efecto, “en el Derecho argentino, el principio precautorio es una categoría legal explícita, contenida en la Ley 25.675 General del Ambiente, por lo que su campo de aplicación es claro, categórico, constituyendo un mandato de optimización” (Cafferatta, 2007, p. 246). Se comprende la razonabilidad del rechazo de la demanda en consideración al argumento de la naturaleza endorreica de la cuenca de río San Juan, pero no en la argumentación basada en ausencia de daño concreto por encontrarse la represa El Tambolar en construcción.

9. Conclusiones

1. Se puede reconocer una clara posición jurídica en la CSJN en relación con la consideración del agua como bien colectivo antes que como recurso económico privado o estadual.
2. La CSJN utilizó normas jurídicas de fuente interna e internacional para decidir en el presente caso la regulación del uso sustentable del río Atuel, considerando el cumplimiento de las segundas en resguardo de la responsabilidad internacional del país.
3. Es posible reconocer una tendencia jurisprudencial de la CSJN en la protección del agua como elemento integrado a los diferentes subsistemas ambientales.
4. La protección judicial de la calidad del agua y su gestión eficiente mediante la jurisprudencia consolidada de la CSJN puede influir en una mejor posición de la nación argentina en el contexto internacional por la posesión en cantidad y calidad suficientes de un bien colectivo de importancia estratégica.
5. El control judicial de la sustentabilidad ambiental de las actividades humanas es fortalecido mediante la declaración de la competencia originaria de la CSJN y la adopción de un rol activo en el cumplimiento de las obligaciones ordenadas a las partes en uso de su competencia dirimente.

Bibliografía

- Battaleme, J. E. (2020). El agua en la dinámica de los recursos naturales estratégicos en un mundo volátil, incierto, complejo y ambiguo. *Relaciones Internacionales*, (45), 91-105.
- Borda, G. (1999). *Manual de Derecho Civil*. Abeledo Perrot.
- Brailovsky, A. y Foguelman, D. (2009). *Memoria Verde. Historia Ecológica de la Argentina*. Debolsillo.
- Cáceres, V. y Minaverri, C. (2014). La provisión de agua y saneamiento: la evolución de la jurisprudencia en Argentina. *Ambiente Jurídico*, (16), 144-160.
- Cafferata, N. A. (2007). Principio Precautorio (con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil). *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 5(4), 221-246.
- Cafferata, N. A. (2024). *Jurisprudencia ambiental de principios en el derecho comparado*. Rubinzal Culzoni.
- Dardis, N. V. (Coord.). (2013). *Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina: 10 años de participación y consenso*. COHIFE.

- Francisco. (2015). *Carta Encíclica Laudato Si. Sobre el cuidado de la casa común*. San Pablo.
- López Zamarripa N. (s.f.). Principios Generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente. *Amicus Curiae. Revista Electrónica De La Facultad De Derecho*, 2(1).
- Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal Culzoni.
- Minaverry, C. M. (2016). La protección jurídica ambiental del agua para consumo humano. Panorama de dos provincias argentinas y del ámbito internacional. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, (Julio-Diciembre), (pp. 17-39).
- Pedreira, M. S. (2020). *Acceso al agua y desarrollo sostenible: la protección de recursos hídricos estratégicos para su aprovechamiento por las generaciones futuras*. Lex.
- Pigretti, E. (2007). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley.
- Puig, A., Olguin Salinas, H. y Castro, A. (2016). Alteraciones del régimen hidrológico fluvial y consideraciones sobre caudales ambientales. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (I), 91-123.
- Rodríguez, C. (2012). *El Derecho Humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos*. Rubinzal Culzoni.
- Tobías, J. W. (2018). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. La Ley.

