

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: Recursos naturales interjurisdiccionales. Manejo del recurso agua. Problemática del río Atuel. Consecuencias ambientales.

Alumno: Martini, Martín Hernán

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Agrario

Encargado de curso Prof.: Pastorino, Leonardo

Año que se realiza el trabajo: 2008

RECURSOS NATURALES INTERJURISDICCIONALES.- MANEJOS DEL RECURSO AGUA: PROBLEMÁTICA DEL RIO ATUEL, CONSECUENCIAS AMBIENTALES.-

INTRODUCCION:

Sabemos que los recursos naturales son aquellos bienes de la naturaleza de los cuales el hombre se sirve para satisfacer sus necesidades de todo tipo, destacándose entre ellas las de índole económica y las relacionadas a su subsistencia; esto determina que tengan gran importancia, lo que a su vez torna necesario que se realice un buen y racional uso o aprovechamiento de ellos para que todos tengamos acceso en igualdad de condiciones a los mismos. Sin embargo, no debemos tener una visión demasiado antropocéntrica que nos haga ver a los recursos naturales solo como herramientas de las que se sirve el hombre para su existencia, sino también tener en cuenta que el cuidado de los recursos redundará en beneficio del propio medio ambiente.-

A su vez, si hiciéramos una clasificación de los recursos según su importancia, nadie dudaría que el agua se presenta como uno de los más indispensables para la existencia de la vida, ya sea humana, vegetal o animal; en definitiva, para el buen funcionamiento de los ecosistemas.-

Donde hay agua, hay vida, donde no la hay, como lógica consecuencia, habrá muerte y desolación. De allí la importancia de que los hombres realicemos un adecuado manejo de este recurso, de manera tal que los seres vivos de todas las regiones puedan acceder a él y de esa forma poder subsistir y desarrollarse, llevando a cabo la supervivencia de las distintas especies.-

Por el contrario, si ese manejo racional no ocurre, seguramente unos se verán beneficiados a expensas de otros, la dicha y prosperidad de ciertas comunidades serán la desgracia y la ruina de otras, y el progreso económico y social –y mas grave aún la mera subsistencia- serán solo un privilegio para pocos.-

Así, para poner de manifiesto de que manera el inadecuado manejo de un recurso puede traer consecuencias desastrosas para el medio ambiente, los ecosistemas y los seres vivos que los conforman, como para las mismas relaciones humanas, he elegido para este trabajo un tema que ha alterado la pacífica convivencia de dos provincias argentinas desde hace mas de 80 años; me refiero lógicamente a lo que constituye mi objeto de estudio: la disputa entre Mendoza y La Pampa por las aguas del Río Atuel.-

Las históricamente encontradas posiciones que sostienen cada una de las provincias involucradas sobre el manejo del río, han contribuido a postergar soluciones en conjunto y políticas de consenso que signifiquen planes de acción concretos (y no meras expresiones de deseos) que beneficien a los hombres, flora, fauna, etc de la región por igual, y al medio ambiente en general. Es decir, no se ha llegado a hacer un uso racional del recurso que impida su derroche y favorezca el acceso de todos al mismo por igual.-

Pero antes de entrar de lleno al desarrollo de los distintos temas, mencionaré brevemente cual será el contenido de mi trabajo:

Comenzaré por plantear la realidad del Atuel y la descripción de su cuenca, usos históricos y actuales. Luego seguiré con los problemas que se han ido sucediendo entre La Pampa y Mendoza que determinó el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este tema.-

Más adelante haré una reseña de la doctrina y principios internacionales existentes sobre el manejo de este vital recurso natural cuando se presenta en corrientes y cauces interjurisdiccionales (internacionales o interprovinciales) y se citarán las principales resoluciones y declaraciones que sobre la materia existen en el plano internacional.-

A continuación analizaré en detalle el fallo del Atuel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el cual ha receptado buena parte de aquellos principios, junto con un par de protocolos y tratados celebrados con posterioridad entre las provincias involucradas.-

Luego me referiré al progresivo deterioro ambiental del oeste pampeano como consecuencia del uso que Mendoza hace del agua con fines de riego, tratando de reflejar como era la situación antes y después de esos aprovechamientos, y cuales fueron sus consecuencias, repasando también la nueva normativa ambiental que existe desde hace unos años en nuestro país y el nuevo reclamo que instituciones pampeanas han interpuesto ante la Corte basada en dicha normativa.-

También haré una reseña acerca de la situación del problema por estos días, donde aprovecharé para comentar las acciones que se están llevando a cabo en el seno de distintas instituciones privadas y desde el propio gobierno pampeano en pos de solucionar esta cuestión.-

Por ultimo, retomaré la cuestión de los principios internacionales, pero esta vez para relacionarlos y aplicarlos a la problemática del Río Atuel, a los fines de, luego de conocer el tema en profundidad, poder realizar un análisis valorativo de las conductas de las partes involucradas en el conflicto.-

Para terminar, expondré en las “conclusiones” cual sería -a mi criterio- una posible solución tendiente a lograr un acuerdo para un uso mas equitativo de las aguas en beneficio de todos los habitantes de la cuenca y del medio ambiente en general.-

CAPITULO I: EL RÍO ATUEL

I.- 1) Descripción del río y su cuenca:

La cuenca del río Atuel se localiza en el sur de la Provincia de Mendoza y comprende una porción del noroeste de La Pampa, ocupando el sector más meridional de las cuencas que integran el sistema del Desaguadero; este sistema constituye la mayor cuenca hidrográfica íntegramente desarrollada en la República Argentina: está conformada por los Ríos Vichina- Bermejo- Desaguadero- Salado- Chadileuvú- Curacó, tiene una longitud aproximada de 1.200 km y su superficie alcanza los 248.000 km², drenando todo el frente andino oriental entre los 28 y los 35 grados de latitud sur, lo que comprende a las provincias de Catamarca, La Rioja, San Juan, Mendoza, San Luis y La Pampa¹.-

El sistema del Desaguadero tiene cinco afluentes: el Talampaya, el Jachal, el Tunuyán, el Diamante y el Atuel, estos tres últimos con nacimiento en la Provincia de Mendoza.-

El RIO ATUEL, como queda dicho, es el quinto afluente del sistema colector del Desaguadero; nace en la laguna del mismo nombre, de origen glaciario, en la Cordillera de Los Andes, la que recibe las aguas de un frente cordillerano de apenas 50 km., que comprende importantes glaciares, como el de las Lágrimas, y cumbres más altas que las del cordón principal, siendo su cerro máximo el Sosneado, de 5.160 metros. La cuenca de alimentación de esta laguna en la que nace el Atuel, se encuentra a más de 3.000 metros de altura sobre el nivel del mar.-

El río es de régimen nival, aunque también recibe aportes fluviales, y tiene una longitud aproximada de 600 km; su caudal medio es del orden de los 34 m³/seg.-

En su recorrido, después del encuentro con el arroyo de Las Lágrimas, el Atuel se dirige hacia El Sosneado en un curso recto de rumbo Sudeste. En esta localidad irrumpe en la llanura de Llancanelo, formando un extenso abanico aluvial. Recibe en este tramo hasta la localidad de El Sosneado los aportes por su margen izquierda de los arroyos

¹ DE FONTEYNES, Silvia P. y VESSONI, Solange N. “Antecedentes Relacionados con el Río Atuel y la situación actual del problema” Biblioteca Central de la U.N.L.Pam, 1.982, pag 2.-

Calabozo, Gateado, Yeso, Los Monjes, Blanco, Bayo y Del Cajón, y por su margen derecha, Las Lágrimas, Los Caballos, Felipe, Colorado y La Manga.-

Luego de unirse con el río Salado (mendocino), en la localidad de La Junta, sigue con rumbo Nordeste recorriendo unos 100 km. por una zona relativamente llana, pasando por un paraje denominado La Angostura. A pocos kilómetros de allí, comienza la zona de embalse de Los Nihuales, y a unos 500 metros aguas abajo de la presa, el río empieza a cortar a la Sierra Pintada formando un cañón de unos 50 km. de longitud, denominado "Cañón del Atuel". Este cañón finaliza en las últimas estribaciones de las Sierras de San Rafael. Luego el río sale a la llanura sanrafaelina en el paraje denominado Rincón del Atuel, para luego describir un amplio codo hasta General Alvear y de aquí variar su curso hacia el Sudeste, desembocando en el colector Salado Chadileuvú sobre un frente de mas de 300 km entre Mendoza y La Pampa, a través de brazos y canales menores².

Al territorio de la provincia de La Pampa, el Atuel accedía mediante tres brazos principales de Este a Oeste: a) por el Atuel viejo o Atuel propiamente dicho, b) por el Arroyo Butaló, al oeste de la localidad de Santa Isabel y c) por el Arroyo de La Barda, al este de Algarrobo del Aguila. Ya en La Pampa y luego de su confluencia con el Salado, el río recibe el nombre de Chadileuvú, y se extiende hasta el complejo de lagunas de Puelches: La Leona, La Brava, La Dulce y La Amarga. A partir de esta última el colector toma el nombre de Curacó, hasta desembocar en el río Colorado.-

Como se dijo anteriormente, el Atuel ingresa a La Pampa mediante una serie de brazos y canales menores, que en su momento formaban un oasis natural de mas de 9.000 km² de superficie, que forman lo que se conoce con el nombre de "Bañados del Atuel", lo cual, en opinión de Walter Cazenave, tuvo una enorme importancia como nicho ecológico, con una gran variedad de flora y fauna. Ya veremos como el uso de las aguas de la cuenca en los cursos superior y medio ha provocado el grave retroceso de estos bañados, con importantes consecuencias ambientales –ver Capítulo VI.-

I.- 2.) Historia sobre los usos del Atuel:

Ya durante la llamada "Conquista del Desierto", a medida que los comandantes de frontera iban concretando la paz con los indígenas –a la vez que los iban despojando de sus tierras, vale decir- muchas personas se vieron entusiasmadas con la posibilidad de

² Fuente: Atlas de la República Argentina (1.997) y datos obtenidos de la pagina web: www.oni.escuelas.org.ar .-

ocupar ciertas regiones de Mendoza, que se caracterizaban por la abundancia de aguas, grandes praderas naturales y buenas pasturas.-

Así, aquellos “pioneros” que se aventuraron sobre las márgenes de los ríos Diamante y Atuel, comenzaron a comprar esas tierras: las primeras escrituras de venta de tierras a orillas del Atuel datan de 1.818.-

Unos años mas tarde, hacia 1.824, los habitantes de Mendoza empiezan a poblar definitivamente los campos al sur del Diamante, y pocos años después los del sur del Atuel, a pesar del gran riesgo que significaba en aquella época la presencia del indio, mas aún en aquellos sitios que se encontraban alejados de los fuertes militares que brindaban protección, lo que muchas veces significaba la perdida no solo de las explotaciones, sino también de la vida de aquellos arriesgados pobladores ³.-

Pero mas allá de esto, lo que cabe resaltar es que ya desde aquellos años se percibe una incipiente explotación agropecuaria en toda la zona, -la que tenía como base el aprovechamiento de las aguas-, y la realización de trabajos con la finalidad de manejar los recursos hídricos allí existentes. Así, puede citarse, por ejemplo, que hasta el año 1.809 el río Diamante orientaba su curso hacia el sur de San Rafael (y no como lo hace en la actualidad), aportando su caudal al Atuel a la altura de su curso medio (que era del orden de los 36 m³/seg) pero en ese año, el fundador del fuerte San Rafael don Miguel Teles Meneses, ordenó los trabajos que determinaron la separación de ambos ríos, desviando al Diamante hacia el Este, posiblemente hacia un antiguo paleocauce (Cazenave), lo que significó que por medio de la mano del hombre, el Atuel perdiera la mitad de su caudal de un día para el otro, hecho que como veremos, fue tomado con posterioridad por la provincia de La Pampa como un motivo mas de conflicto.-

Mas acá en el tiempo, -hacia finales del siglo XIX-, según distintos relevamientos y registros catastrales de la época, se sigue comprobando el proceso de colonización y la existencia de ganado y cultivos en los valles fértiles del Diamante y el Atuel.-

Ya la ley mendocina de colonización del 13 de abril de 1.875, preveía la construcción de canales para riego en las colonias que mandaba formar en el sur, aunque recién en 1.880 se dispuso la realización concreta de esos trabajos, que tenían por objeto formar una zona de cultivos alrededor de la villa nueva de San Rafael. También en 1.882, el gobierno de Mendoza, crea subdelegaciones de agua en Tunuyán y San Rafael y hacia

³ Fuente: www.oni.esuelas.org.ar: “Las zonas de cultivo en Mendoza: Antedecentes”

1.885 existen datos que revelan la existencia de 10.222 has cultivadas irrigadas con aguas del Atuel. Para 1.929 los cultivos llegan a 70.000 has ⁴.-

Asimismo, el rápido desarrollo agrícola de la zona se vio complementado con la llegada del ferrocarril a San Rafael -año 1.903-, mejorando notablemente a partir de ese momento las posibilidades de los chacareros de colocar sus producciones en condiciones más ventajosas.-

También por esos años se produjo un rápido y gran crecimiento poblacional, ya que el éxito del nuevo modelo agrícola produce una gran demanda de tierras, lo que favorece que, en los primeros 20 años del siglo pasado, se construyan la mayoría de las grandes obras de derivación para riego en todos los ríos mendocinos. La llegada de miles de inmigrantes que se distribuyen por todo el territorio, los deseos de hacer fortuna sumados al empuje de esta gente nueva, van dando ejemplos de extraordinaria capacidad de trabajo puesta al servicio de la construcción de la red de canales matrices y secundarios. Difrieri en sus conclusiones nos dice que “las aguas del Atuel son utilizadas desde fines del siglo pasado para la irrigación en la zona de San Rafael, y mas tarde, de General Alvear, y que en 1.924 existen varias colonias con cultivos sistemáticos que abarcan gran extensión” ⁵, lo que resulta demostrativo de la cada vez mayor cantidad de pobladores que se asentaron sobre las márgenes del río para desarrollar tareas productivas agrícolas.-

Por supuesto que, como venimos viendo, el Río Atuel no fue la excepción a este proceso de aprovechamiento que comenzó a desarrollarse en Mendoza y así, el 25 de enero de 1908, se autorizó al Ingeniero Wauters para proyectar las obras del Río Atuel y la construcción de sus canales secundarios. Por eso, ya en el siglo XX, comienza a tomar forma una gran red de riego compuesta de un sistema de canales, la mayor parte de ellos con tomas directas del río, excavadas en tierra. El área de riego servida por esta red, se ubica en los Departamentos de Malargüe, San Rafael y General Alvear, se compone de 16 tomas de diferentes características hidráulicas: algunas de ellas son los canales Boers y Kraff, Arroyo, Correas, Real del Padre, Atuel Sud, Nuevo Alvear, San Pedro, etc.

⁴ Estos datos los extraigo de los considerandos 74 y 75 de Fallos 310:2478 “Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”, en donde la Corte a su vez se remite al trabajo del Dr. Horacio Difrieri, “Estudio de Investigación Histórica de la cuenca del Río Atuel”.-

⁵ Considerando 76 fallo cit.-

Terminados los diques y la red de derivación de agua mendocinos, paralelamente en la década de 1.940 se crea Agua y Energía Eléctrica de la Nación, compañía nacional de energía que se dedicó a la construcción de los embalses más importantes en nuestro país, para la regulación de los caudales y la generación de energía. De esta manera, se inicia otra etapa de grandes obras e inversiones en los ríos de Mendoza debido al incremento del consumo de electricidad gracias al aumento de la actividad industrial que se produjo en el país entre las décadas del 40 y el 50.- El primero de los ríos regulados para estos fines fue el Atuel, por medio de un convenio celebrado entre el Gobierno Nacional y la Provincia de Mendoza para la construcción en 1.947 del dique El Nihuil, otra de las obras que motivaron diversos reclamos pampeanos por los motivos que veremos oportunamente.-

Pero no solo las aguas del Atuel fueron objeto de aprovechamiento en la Provincia de Mendoza, sino que también en su vecina La Pampa, aún cuando esta era territorio nacional, las tierras y pobladores del noroeste de esta región, por donde el río ingresaba caudaloso a través de varios arroyos y canales, se vieron por largos años beneficiados por los esteros, lagunas y bañados que éstos formaban.-

En un principio, muchas poblaciones indígenas se radicaron durante siglos en el Noroeste Pampeano, abundante en agua dulce, flora y fauna, suficientes para proveer a su subsistencia. La ubicación de estos primitivos pobladores se halla comprobada por el descubrimiento de grandes yacimientos arqueológicos a lo largo, no solo del Atuel y sus bañados, sino también del Salado- Chadileuvú hasta el complejo de lagunas de Puelches.-

Años después, con la expedición al Desierto, estas tierras empiezan también a ser aprovechadas por los “conquistadores”, como antes lo había hecho el indio. Relatos de antiguos pobladores dan fe de que a principios de siglo la zona estaba totalmente cubierta de vegetación acuática y distintas especies de animales que servían de alimento, como también de la existencia de una importante riqueza ictícola que era aprovechada por los habitantes, que vendían sus productos a comerciantes de San Rafael y General Alvear.-

La existencia de este “oasis” en el oeste pampeano, decidió al gobierno nacional -hacia el año 1.908- a la creación de una colonia agrícola llamada “Butaló”, situada a unos 20 km al Oeste de Santa Isabel, a la vera del arroyo homónimo. Este emprendimiento se lleva a cabo en el marco de la Ley Nacional 4.167 que procuró el fraccionamiento y utilización de tierras fiscales. Puesta en marcha, se inició la producción con la llegada

de argentinos e inmigrantes. En 1.910 los inspectores de Tierras Fiscales de la Nación daban cuenta de la existencia de importantes cultivos de alfalfa y maíz, y de explotaciones que se dedicaban a la cría de ganado, principalmente ovino. Paralelamente, comenzó a surgir una incipiente población en torno a dos casas de comercio, “La Porteña” y “Santa Isabel”, al mismo tiempo que se instalaban servicios de balsas sobre los ríos Salado y Atuel⁶. De todos modos la Corte, en el fallo del Río Atuel, no comparte estas consideraciones sobre la prosperidad de la Colonia, como será estudiado oportunamente.-

No obstante esto último, en varias fuentes y artículos periodísticos consultados, se insiste en que a principios del siglo pasado, la desembocadura del Atuel en territorio pampeano sostenía “prósperas” colonias agrícolas y “pujantes” localidades situadas en sus riberas, que se dedicaban al engorde de miles de ovejas y al cultivo de distintos cereales como la alfalfa, centeno, girasol y maíz. Así, en la página web del Diario La Nación , se encuentra una nota con fecha 19 de enero de 2.005 ⁷ en la que, con específica referencia a la Colonia “Butaló” se lee que “en 1.908 había nacido a la vera del Atuel la próspera colonia Butaló, en tierras del Territorio Nacional de La Pampa Central...” donde además se citan diversos emprendimientos agrícola- ganaderos como experiencias positivas relatados por los propios productores cuando el río traía agua.-

Realizada esta breve reseña histórica de los usos del Atuel para fines productivos, queda claro que hasta hace 70 u 80 años, cuando el río corría con “normalidad” y de acuerdo a su ciclo hídrico natural, los pobladores de ambas provincias – y sus emprendimientos y explotaciones- se beneficiaban por igual del mismo. Los mendocinos, en la parte alta y media de la cuenca, en toda la zona de San Rafael y General Alvear, y los pampeanos del noroeste, gracias al curso ininterrumpido de los cauces del Atuel propiamente dicho, y de los arroyos Butaló y de La Barda, que como quedó dicho, con sus brazos y sistemas de canales menores, formaron desde la mas remota antigüedad aquellos “bañados” de los cuales se aprovecharon para su subsistencia las anteriores generaciones. Ni que decir acerca de las implicancias que esto también tenía para el medio ambiente y el mantenimiento de los ecosistemas del oeste pampeano, (mas allá de la utilización del agua por el hombre), cuestión que por su importancia y actualidad será analizada específicamente mas adelante, cuando me refiera a los “Bañados del Atuel” y su situación actual.-

⁶ DE FONTEYNES, Silvia P. y VESSONI, Solange N., obra cit. pag. 5.-

⁷ Fuente www.lanacion.com.ar, nota titulada “Del Oasis al Desierto” de Flavio Frangolini.-

I.- 3) Aprovechamientos en la Actualidad

Según vimos en el punto anterior, si bien queda claro que históricamente las aguas del Río Atuel fueron utilizadas no solo por los habitantes de Mendoza sino también por los de La Pampa –por entonces territorio nacional-, no caben dudas que los aprovechamientos fueron mayores en aquella que en esta. Pienso que ello fue así por el status de “provincia” que tiene Mendoza desde fines del siglo XIX, lo que le brindó la posibilidad de llevar a cabo un proceso de colonización mas efectivo y de esa manera organizar mejor sus actividades productivas agrícolas por medio del dictado de leyes y reglamentos locales, la creación de colonias y asentamientos poblacionales en las márgenes de los ríos, y del desarrollo de una incipiente administración –por ejemplo, con la creación de Direcciones de Agua e Irrigación en distintos puntos estratégicos- dependientes directamente del gobierno provincial. Al contrario, el por entonces “Territorio Nacional de La Pampa Central” era simplemente eso, un territorio nacional regido por leyes también nacionales, en buena parte todavía inhóspito, y que no tenía la posibilidad de disponer y afrontar por sí misma, en forma ordenada, la organización de sus actividades productivas debido a la falta de instituciones propias. Por lo tanto, no resulta difícil imaginar que todo era mas complicado en estas tierras, alejadas de Buenos Aires, además de que todavía el Gobierno Nacional administraba muchos otros territorios, lo que atentaba contra los intereses locales, que obviamente no podían ser atendidos, las mas de las veces, con la urgencia, detalle y planificación debidas.-

Creo que esto fue determinante para el desigual desarrollo de ambas regiones – mendocina y pampeana- situadas en la cuenca del Río Atuel., porque a medida que una crecía, como consecuencia del uso unilateral de las aguas, la otra, que ni siquiera existía como provincia, se veía empobrecida y despojada del recurso. Luego de muchos años, cuando La Pampa por fin fue provincia, ya era tarde; la extensa red de riego ubicada aguas arriba estaba concluida, y ya no existía la posibilidad de sentarse de “igual a igual” con la otra parte a discutir nada: el río tras décadas y décadas de aprovechamiento inconsulto en sus cuencas alta y media, ya había dejado de correr - como lo hacía antes- por territorio pampeano.-

Por eso no debe sorprender que cuando hablamos de “aprovechamientos actuales” solo se haga mención a los que se hacen en Mendoza, ya que a La Pampa el agua no llega sino esporádicamente.

En tal sentido, podemos decir que de acuerdo al Censo Nacional Agropecuario de 1.988 (época en que se dicta el fallo de la Corte), existían en Mendoza 33.200 explotaciones agropecuarias, de las cuales 9.300 estaban localizadas en el Departamento de San Rafael y 4.300 en el de General Alvear. La superficie sembrada en el área del Atuel estaba compuesta de 13.700 has dedicadas al cultivo de la vid, lo que representaba un 9,4 % del total de Has cultivadas en toda la provincia. La cantidad de viñedos en la zona de General Alvear, alcanzó en 1.992 las 7.600 has.-

Respecto a la fritucultura, se registran sembradas 14.200 has en el departamento General Alvear, o sea un 6,2% de la superficie total de frutales sembrados en Mendoza. Por su parte, también en 1.988 existían en la cuenca del Atuel 1.800 has dedicadas a la horticultura, entre los que se destacan el tomate, ajo, cebolla y papa, y 17.400 has ocupadas en proyectos forestales ⁸.-

Estas cifras son válidas para demostrar el gran uso de las aguas que se hace en Mendoza, aprovechando la extensa red de riego desarrollada desde principios del siglo pasado.-

Como contrapartida, en La Pampa solo se utilizan los esporádicos e intermitentes escurrimientos del Arroyo de la Barda para apacentamiento de ganado –generalmente chivos y algunos vacunos y ovejas- y se aprovechan las pasturas naturales para pastoreo, cuando las hay. Mucho más no se puede realizar, ya que en la actualidad no existe un curso de agua permanente con un volumen en m³/seg que permita planear y desarrollar proyectos productivos a mediano o largo plazo.-

CAPITULO II: LOS PROBLEMAS ENTRE MENDOZA Y LA PAMPA:

Cuando Mendoza comenzó a desarrollar en los departamentos San Rafael y General Alvear sus zonas de regadío, se empezó a producir una continua y creciente sangría sobre el curso de agua del Atuel: tomas directas –recordemos que en la actualidad son 16-desde el río, la entramada red de canales matrices y secundarios, como la existencia de embalses, diques, represas y desvíos, trajeron como consecuencia que paulatinamente los caudales que llegaban a La Pampa fueran cada vez menores.-

⁸ Fuente: www.oni.escuelas.org.ar: “Las zonas de cultivo en Mendoza”.-

Como expliqué antes, el aprovechamiento inconsulto del Río Atuel realizado por la provincia de Mendoza se inicia en el siglo XIX y se intensifica en el XX con el desarrollo de una gran red de riego aguas arriba.-

Como antecedente remoto de las acciones que modificaron el curso natural del río, cabe recordar aquella dispuesta por el fundador de San Rafael, don Miguel Teles Meneses que consistió, como vimos, en el desvío de las aguas del Río Diamante hacia el Este, lo que produjo que sus aguas ya no desembocaran en el Atuel, perdiendo este así buena parte de su caudal. Este hecho, aprobado y destacado hasta el día de hoy por autoridades y habitantes mendocinos por su fundamental importancia para la creación de una zona de riego a la vera del Diamante hasta su desembocadura en el Desaguadero- Salado, abarcando la zona norte de San Rafael, no fue interpretado de la misma forma por los pampeanos: Walter Cazenave, en su trabajo “La desaparición de los bañados del Atuel, un caso de acción antrópica” de 1.995 menciona este hecho histórico como determinante del comienzo del retroceso de los caudales del río que sostenían aquellos extensos bañados en La Pampa de los que se aprovechaban el hombre y la naturaleza por igual. También Horacio Difrieri dice que este no es un detalle menor, y que se podría encontrar en el desvío del Diamante el origen de los problemas del oeste pampeano debido al despojo que ha sufrido del recurso ⁹.-

Ya en el siglo XX, el primer inconveniente que se produjo en La Pampa (cuando esta todavía era territorio nacional), fue el fracaso de la Colonia “Butaló”, que se vio afectada, desde su misma creación, por el uso abusivo y clandestino que ya existía río arriba de las aguas por esos años: no solo el uso consuntivo -a partir de las concesiones legales que Mendoza otorgaba a sus regantes- comenzó a causar una sangría importante de caudales, sino también las desviaciones clandestinas del río aguas abajo de San Pedro de Carmensa –última población que se sirve de la red de riego mendocina-. Un claro ejemplo de estas conductas ilegales se da en 1.918, cuando obras de captación y desvíos ejecutadas al sur de Colonia Alvear, a la altura de Paso del Loro, desvían el curso principal del río, causando la extinción del brazo mas oriental del Atuel en su entrada a La Pampa, en inmediaciones de Santa Isabel, lo que resultó determinante para el fracaso de la incipiente colonia pampeana. Así lo refleja un informe del Ingeniero José A. Balbi de 1.938: “El Cauce del Arroyo Butaló al atravesar la Colonia Butaló se halla completamente seco. Teniendo en cuenta que el derrame de sus aguas se hacía

⁹ DIFRIERI, Horacio, “Historia del Río Atuel”, Imp. Del Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1.980.-

anteriormente en las proximidades de Santa Isabel, se explica el perjuicio que ha causado a los habitantes de esa zona” y coincidentemente, en su “Estudio de Investigación Histórica de la Cuenca del Río Atuel”, Horacio Difrieri nos dice que “Hacia 1.918 el cauce del Río Atuel queda atrofiado por la interposición de un tapón o dispositivo para derivar las aguas, artificialmente construido por habitantes de Mendoza, al Norte del paralelo 36” (limite entre las dos provincias) y “hacia 1.920 la Dirección General de Tierras y Colonias testimonió acerca de la atrofia del “Butaló”, carente ya de caudales hídricos mínimos. Esto provoca el despoblamiento de la colonia agrícola, que había sido creada en 1.908”¹⁰.-

Con estos antecedentes, conviene dejar bien en claro, desde ahora, las dos causas principales que modificaron el régimen hidrológico natural del Atuel:

- a) La primera y principal, es la utilización intensiva de su caudal para servir concesiones de riego otorgadas por las autoridades de la provincia de Mendoza; y
- b) La otra causa, secundaria, son los desvíos ilegales por medio de taponamientos y diques de tierra hechos por particulares, sin autorización alguna, dentro de la citada provincia, en la zona lindante con territorio pampeano.-

Hechos similares a los de 1.918 vuelven a repetirse en 1.933 y 1.937, con la ejecución de los famosos “Taponés de Ugalde”, provocando las protestas y reclamos de todos los pobladores ribereños pampeanos ante las autoridades del territorio. Por la contundencia y claridad que contienen, me parece oportuno transcribir algunos pasajes de una nota enviada por productores de los Departamentos Chicalcó y Chalileo al por entonces Gobernador del Territorio Nacional de La Pampa Central, don Evaristo Perez Virasoro, fechada en octubre de 1.937. Dice la nota: “Los vecinos que suscriben, hacendados, vecinos y criadores de los Departamentos de Chicalcó y Chalileo... exponen: Que hace aproximadamente cuatro años (o sea hacia 1.933) fue contenido el caudal del río Atuel en el paraje denominado “Loncovaca” por el propietario del mismo don Isaac de Ugalde, sitio ubicado en la provincia de Mendoza... ocasionando los consiguientes perjuicios para los pobladores de estos departamentos dado que, con el aprovechamiento en aquél lugar de las aguas se priva a esta extensa zona de los riegos periódicos en los amplios terrenos de pastoreo de su antiguo cauce que lo constituyen grandes cañadones aptos para la cría de ganado, única fuente de producción en la zona y por tanto originando con ello sequías. Que habiendo agotado todos los medios persuasivos y

¹⁰ Fuente: FISCALIA DE ESTADO PROVINCIA DE LA PAMPA, “El río Atuel también es pampeano”, Biblioteca de la U.N.L.Pam, pag 23 y 37.-

amistosos tendientes a conseguir se eliminen del río mencionado los obstáculos que le impiden correr por su lecho, con resultado negativo, y teniendo en cuenta que aparte de constituir ello un abuso incalificable se ha cometido a la vez un delito previsto y penado por nuestras leyes al obstruir el curso de las aguas, recurrimos a V.E. en el sentido de que se digne tener a bien interponer sus valiosos oficios ante las autoridades que correspondan...”¹¹.-

Otra nota de vecinos, propietarios y arrendatarios de Santa Isabel y Algarrobo del Aguila remitida al mismo funcionario del 7 de marzo de 1.938, dice que dicho escrito está motivado por “...la gravísima situación que se ha originado por la desviación en la provincia de Mendoza del Río Atuel por Isaac de Ugalde, vecino de esa provincia...” y se reclaman al Gobierno Nacional “las medidas necesarias para que con la intervención de la Dirección General de Irrigación y previa constatación de la situación existente, se prohíba al expresado Isaac de Ugalde el desvío y agotamiento del Río Atuel, con lo que está causando, fuera de todo derecho, un gravísimo perjuicio a los firmantes y demás vecinos de Santa Isabel y Algarrobo del Aguila, que es urgente e imprescindible evitar...”¹².-

Estas obras ilegales realizadas por esa época en Mendoza, consistentes en taponamientos para embalsar el agua impidiendo que el río corra por sus cauces naturales, significaron, como dije antes, el “golpe de gracia” para el arroyo “Butaló”, en cuyas inmediaciones se había enclavado la colonia homónima casi tres décadas atrás.-

No obstante estos aprovechamientos arbitrarios, inconsultos e ilegales, el escurrimiento del Atuel no quedó interrumpido totalmente, ya que uno de sus brazos –el más occidental de los tres que ingresaban a La Pampa- permaneció activo hasta bien entrada la década del 40. El corte definitivo del río recién ocurre con la construcción en Mendoza -sobre el curso medio del Atuel- del Dique “El Nihuil”, en 1.947, que produce la extinción del Arroyo de la Barda, en cercanías de la localidad de Algarrobo del Aguila, debido a la retención total de las aguas realizada en la provincia cuyana. Este dique, que se construyó a partir de la sanción de la Ley Nacional 12.650 y del Acuerdo Nación – Mendoza suscripto en 1.941, produjo que durante VEINTICINCO AÑOS ininterrumpidos –hasta 1.973- no ingresara una gota de agua a La Pampa.-

¹¹ Fuente: FISCALIA DE ESTADO PROVINCIA DE LA PAMPA, “El río Atuel también es pampeano”, pag 25.-

¹² Fuente: FISCALIA DE ESTADO.... Pag. 26.-

La nueva e intolerable situación originada por la construcción del mencionado dique, dio lugar a nuevos desesperados reclamos: así en el año 1.947 el agente radiotelegrafista don Angel Garay, al observar la impiadosa mortandad de hacienda y de sus crías, como la propagación de diversas enfermedades que ello ocasionaba, decidió obviar toda estructura administrativa y dirigirse directamente mediante una nota al mismísimo Presidente de la Nación, por entonces Gral. Juan D. Perón. En la misma se lee que: “Señor Presidente: quiero comunicar directamente a Ud. la lamentable situación de los pobladores de la zona. Todos ellos de situación humilde, están perdiendo en su totalidad la producción ganadera que alcanzará a millones de cabezas en su mayoría lanares... originada a raíz de que en Mendoza... se obstruye el curso de las aguas por el cauce de los ríos referidos –hace mención a los arroyos “Butaló” y “de la Barda”-, para regadío de campos en el paraje “Loncovaca”...Este es el triste saldo de una larga sequía que sufre esta zona...”¹³.-

Pero no solo desde los sectores privados pampeanos el malestar iba en aumento. Desde 1.933 se sucedieron diversas notas y reclamos de distintos gobernadores del Territorio de La Pampa dirigidas a diversos organismos y reparticiones nacionales, como por ejemplo la enviada por el Gobernador Evaristo Perez Virasoro al Ministro de Obras Públicas de la Nación en 1.938, o la dirigida por el Gobernador Miguel Duval al Ministerio del Interior en 1.941, o las del Gobernador Reguero en 1.949 al mismo ministerio, al ministro de Industria y Comercio y al Presidente de “Agua y Energía Eléctrica”. Todas con una misma finalidad: que las aguas del Atuel lleguen, como naturalmente ocurría años antes, al territorio pampeano para evitar la catástrofe que la sequía estaba produciendo en los productores, sus pasturas y ganados (todavía no se pensaba en la protección del medio ambiente por esa época, pero en algunas notas e informes se hace mención al deterioro de la “flora y fauna”). Más allá de esto, otra consecuencia de estos cortes, tan graves como las que venimos mencionando, ya empezaba a vislumbrarse: esas miles y miles de hectáreas que en otra época formaban los Bañados del Atuel, empezaban lentamente a retroceder, para terminar causando un desastre ecológico sin precedentes en nuestra provincia; lo que era un vergel a orillas del río, se fue transformando poco a poco en un desierto.-

Siguiendo con esta síntesis histórica referida a los problemas entre ambas provincias como consecuencia del corte del río, a raíz de estos reclamos y presentaciones

¹³ Fuente: FISCALIA DE ESTADO... Pag. 44.-

efectuadas por autoridades y pobladores del Territorio Nacional de La Pampa y con el propósito de paliar transitoriamente la grave situación que se estaba produciendo en el oeste pampeano, el Consejo de Administración de “Agua y Energía Eléctrica” de la Nación dicta en 1.949 la Resolución 50/49, en la que, luego de realizar un profundo estudio del problema, se ordenan en forma provisional tres sueltas anuales durante siete días de 15 m³/seg cada una, de las aguas del dique “El Nihuil” para que lleguen a territorio pampeano, hasta que se hagan los estudios pertinentes para fijar en forma definitiva los porcentajes del río Atuel que corresponde utilizar en la Provincia de Mendoza y en el Territorio de La Pampa. Pero además, esta resolución expresa en uno de sus considerandos que “en ningún modo los trabajos del Nihuil podrán redundar en perjuicio de unos, para beneficiar exclusivamente a otros –el subrayado me pertenece- ya que en tal forma, no solo se estaría desvirtuando la función de gobierno y política social que tienen a su cargo las autoridades públicas, sino que se contravendría abiertamente los claros preceptos de la ley 13.030, que rechazan toda posición localista extrema que signifique atribuir a una parte de los interesados poderes omnímodos de disposición de las corrientes fluviales”. Estas categóricas afirmaciones contenidas en la Resolución 50/49 se condicen con los modernos principios internacionales que rigen los recursos hídricos interjurisdiccionales, según veremos en el Capítulo siguiente.-

No obstante ello, la Resolución 50/49 NUNCA FUE CUMPLIDA. La respuesta mendocina ante su dictado fue la misma que frente a los reclamos pampeanos durante muchos años: silencio e indiferencia, lo que configura una conducta mantenida desde siempre por los sucesivos gobiernos cuyanos desde la existencia del conflicto. La Pampa siempre reprochó a Mendoza negar facultades, tanto al Poder Ejecutivo Nacional y a sus organismos técnicos, como al Congreso de la Nación, para dirimir el conflicto.-

De todos modos esta actitud por parte del gobierno de Mendoza no detuvo la lucha de los pampeanos por la recuperación de sus recursos hídricos. Nuevos reclamos se sucedieron desde entonces por parte de las autoridades pampeanas, del periodismo provincial, de instituciones privadas y hasta de diversas instituciones involucradas en la defensa del patrimonio pampeano, como la denominada “Comisión Popular de Defensa de los Ríos Pampeanos” de 1.973 o la “Comisión Permanente de Recursos Hídricos” de 1.979 –ya veremos como varias Ong’s pampeanas continúan en la actualidad con esta lucha-.

En ese marco, la provincia de La Pampa intentó siempre el cumplimiento de la Resolución 50/49 por medio de diversas notas: en 1.949, nota del Gobernador interino

de la Provincia, D. Reguero a la Dirección Nacional de “Agua y Energía Eléctrica” exigiendo su cumplimiento, reiterada en 1.951, también con resultado negativo, al igual que las de los años 1.971, 1.973, 1.974, 1.975, 1.976 y 1.977¹⁴. Así se sucedieron los reclamos año tras año sin llegar a una solución.-

Un intento de acercamiento tuvo lugar entre 1.977 y 1.978, cuando se establecen una serie de contactos bilaterales entre ambas provincias para tratar de solucionar el conflicto, pero también con resultado negativo, debido a la inflexible posición mendocina de no renunciar absolutamente en nada a sus intereses, ya que ellos “contribuyen de manera directa al sostenimiento de la economía nacional” –como si los millones de cabezas de ganado que se criaban en los establecimientos pampeanos no lo hicieran-.-

Para colmo, y para tensionar aún más las ya deterioradas relaciones entre ambas provincias, en 1.978 Mendoza dicta una Resolución, la Número 108/78, mediante la cual pretende asignarse –en una actitud insólita- como propiedad exclusiva el Río Atuel.-

Ese mismo año llegó la inmediata respuesta: por resolución 462/78, La Pampa interpone formal reclamación administrativa ante la Nación pidiendo que la vecina provincia se abstenga de continuar realizando actos de turbación de la posesión de las aguas en el área interprovincial del Río Atuel. Vencido el plazo para que el Poder Ejecutivo Nacional se expida, el gobierno de La Pampa presenta recurso de reconsideración, que también es denegado. Cansados de no lograr una respuesta satisfactoria a sus reclamos, finalmente se dicta el acuerdo 1.823 que encomienda la iniciación de acciones judiciales¹⁵.-

De esta forma, no le quedó a La Pampa otro camino que recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que fuera ella la que finalmente resuelva el litigio. El 9 de octubre de 1.979 se interpone la demanda ante el máximo tribunal del país, el que luego de un sinnúmero de instancias, pruebas, pericias, estudios, testimonios, etc, dicta -a finales de 1.987- el histórico fallo del Río Atuel, que analizaré en el capítulo IV, luego de estudiar la cuestión del derecho internacional y los principios aplicables a esta materia.-

¹⁴ DE FONTEYNES, Silvia P. y VESSONI, Solange N., obra cit. pag. 11.-

¹⁵ DE FONTEYNES, Silvia P. y VESSONI, Solange N., obra cit. pag. 12.-

CAPITULO III: DOCTRINA Y PRINCIPIOS INTERNACIONALES:

En razón de la importancia que tienen los principios del derecho internacional en esta materia, y como muchos de ellos han sido abordados por la Corte al momento de decidir sobre la cuestión del Atuel, en este capítulo haré mención a algunos de ellos, no sin antes repasar diversos conceptos vertidos por la doctrina respecto a como deben ser los usos y aprovechamientos de los cursos de agua cuando ellos constituyen un recurso compartido, donde el concepto de cuenca pasa poco a poco a reemplazar al de río para convertirse en fundamental.-

Así Guillermo Cano ¹⁶ nos dice que en principio el Derecho Fluvial Internacional se desarrolló en torno a la idea de río, seguramente porque el único uso de que era pasible era la navegación. Luego, sostiene que cuando las leyes de la naturaleza relativas a la hidrología y a la interdependencia entre los recursos naturales empezaron a ser conocidas, la idea de cuenca sustituyó a la de río.-

Asimismo, incluye en la noción de cuenca, no solo las aguas superficiales, sino también a las subterráneas, definiéndola como “el área territorial delimitada por la línea del divorcio de las aguas, dentro de la cual las aguas superficiales escurren hacia un lugar común, incluyendo las aguas superficiales y sus cauces, las aguas subálveas, edáficas y freáticas, y todo acuífero que sea recargado por aguas superficiales de la cuenca o que vierta sus aguas en aquellas” ¹⁷.-

Esta noción superadora de la idea de “río” también fue recogida por la Internacional Law Association -una asociación privada de especialistas en derecho internacional- que en 1.966 dictó las llamadas “Reglas de Helsinki” que vinieron a plasmar una serie de pautas y principios ya consagrados en el derecho consuetudinario; la regla II de Helsinki define a la cuenca hidrográfica internacional como el “área geográfica que se extiende por el territorio de dos o mas Estados, delimitada por la línea divisoria del sistema de las aguas, incluyendo las aguas superficiales y subterráneas que fluyen hacia un termino común”.-

En cuanto a su conformación, sigue Cano diciendo que las aguas de la corriente principal no son el único recurso que integra una cuenca, sino que también la conforman las aguas de todos sus tributarios (afluentes) y de los lagos que forman parte de ella,

¹⁶ CANO, Guillermo J., “Recursos Hídricos Internacionales de la Argentina”, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979, pag 16 y sgtes.-

¹⁷ CANO, Guillermo J., obra cit. pag. 18.-

como también los lechos o cauces de dichas aguas y el subsuelo de ellos, y la flora y fauna silvestre, además de otros recursos naturales conexos con los hídricos¹⁸.-

En cuanto al uso que cada uno de los Estados puede hacer de los recursos que integran una cuenca, pero refiriéndose en este caso específicamente a su componente principal, es decir el agua, Leonardo Pastorino lo relaciona con el **concepto de soberanía** en su trabajo “La Comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communes omnium, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos”.¹⁹ Sostiene el autor citado que el concepto de “soberanía” es poco definible, dependiendo de las ideologías y los momentos históricos, pero inescindible de la idea de Estado; así, se habla del **principio de soberanía de los estados sobre los recursos naturales de sus territorios**. Y es en base a este principio de soberanía que los diferentes Estados han usado y aprovechado los recursos naturales existentes en sus territorios a lo largo del tiempo, y de esa forma han surgido dos teorías principales respecto a como deben ser esos usos cuando de recursos compartidos hablamos:

La primera, conocida como “Doctrina Harmon”, postula un concepto de soberanía territorial absoluta e irrestricta. Dice Cano que esta doctrina se empeña por mantener el distingo entre *Ríos Contiguos o Limítrofes*, que son los que sirven de limite entre dos países, y *Ríos Sucesivos*, que son los que corren por un país, atraviesan la frontera y escurren después por otro²⁰; respecto de estos últimos esta doctrina postula que **cada Estado tiene la mas amplia libertad y esta facultado para hacer lo que quiera en la parte del río que se encuentre en su territorio** sin importar las consecuencias que ello ocasione en los demás. Concluye el autor citado que esta doctrina ha perdido vigencia, y que es sostenida en la actualidad por muy pocos gobiernos y juristas.-

La segunda teoría, sostenida por Cano y la mayoría de la doctrina, y que se ha venido abriendo paso en distintas declaraciones, resoluciones y conferencias internacionales, es la “Tesis Pluralista o limitada de la soberanía” y según ella cuando estamos en presencia de recursos naturales compartidos -noción a la que haré alusión en breve-, como lo son

¹⁸ CANO, Guillermo J., obra cit. Pag. 17

¹⁹ PASTORINO, Leonardo F. “La Comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communes omnium, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos” en “Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables, actas del Segundo Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional”, Director: Leonardo Pastorino, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP y Ediciones Cooperativas, Buenos Aires (en prensa).-

²⁰ CANO, GuillermoJ., obra cit. Pag 32.-

las cuencas hídricas internacionales, cada Estado ya no puede actuar como le plazca, realizando un uso o aprovechamiento abusivo, perjudicial para los demás, sino que tiene que ajustar su accionar a determinadas reglas o pautas (reconocidas por el derecho internacional) que respeten el mismo derecho que tienen los demás integrantes de la cuenca de acceder al recurso. En definitiva, se trata de que todos puedan ejercer su legítimo derecho de aprovechar las aguas de un río que atraviesa dos o mas Estados, pero con el límite que impone el igual derecho de los demás.-

Esta evolución en el tiempo que se produce de una teoría a otra, se inicia cuando nace la idea de “Recurso Compartido”, noción que comenzó a difundirse a partir de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano, y que en opinión de Guillermo J. Cano incluye, como apunté antes, también a las cuencas hídricas internacionales. Según este autor, sobre estos recursos compartidos, también hay “soberanía compartida”, concepto totalmente opuesto al de soberanía absoluta que sostiene la Doctrina Harmon, según vimos. Y si la soberanía sobre un recurso es compartida, la consecuencia lógica es que, como apunta la teoría mencionada en segundo término, los manejos, aprovechamientos, y cualquier clase de usos sobre las aguas de una cuenca internacional deben ser consensuadas y realizadas en conjunto por todos sus integrantes. En general ya no se admite en la actualidad que un Estado se maneje individualmente sin contemplar los intereses de los demás cuando es parte integrante de una cuenca hídrica internacional, por el carácter de recurso compartido que ésta tiene.-

Refiriéndose también a la evolución que se observa de una teoría a otra, Pastorino en su citado trabajo nos dice que “El primer caso de confrontación entre la idea de soberanía territorial y el reconocimiento de la naturaleza de los recursos que trascienden geográficamente los territorios estadales, surge con el agua. Así se pasó de hablar de ríos internacionales, a ríos interjurisdiccionales, a cuencas y recursos compartidos”. Precisamente, la clasificación enunciada antes sobre ríos contiguos y sucesivos, responde a la noción de ríos internacionales, hecha en base al territorio y en relación a las fronteras nacionales, pero sigue el autor diciendo que “cuando los ríos dejan de ser meros accidentes geográficos o vías de navegación, para pasar a individualizarse como verdaderas fuentes de desarrollo, se comienza a hablar de **recursos hídricos**: *Recurso* conlleva un significado económico, de aprovechamiento y de subordinación de tales elementos respecto del hombre. Por su parte *Hídrico* es relativo al agua. La obviedad, sin embargo, debe ser resaltada porque pasar de hablar del río como un accidente

geográfico..., para reemplazar el término por lo hídrico, es un avance asombroso en términos de reconocer la naturalidad del elemento...”.-

Luego coincide con Guillermo Cano, en que ha perdido sentido la distinción entre ríos contiguos y sucesivos, para pasar a hablar de **usos consuntivos y no consuntivos**. Un uso es no consuntivo cuando no implica gasto o consumo del agua. Para hacer tales usos el Estado integrante de una cuenca internacional no necesita consultar a los demás ni su consentimiento... los usos consuntivos, en cambio, si requieren consulta y consentimiento u otras formas de reglar el conflicto de intereses, pues se pueden disminuir los bienes que naturalmente recibían los otros ribereños... ²¹.

Creo que estas apreciaciones doctrinarias respecto a los distintos usos que se pueden hacer de las aguas de un río se concilian plenamente con la “Tesis Pluralista o limitada de la soberanía”, por cuanto la consulta y consentimiento previos exigidos en caso de usos consuntivos reflejan el espíritu de solidaridad y colaboración que debe guiar a los Estados en el racional manejo de los recursos naturales cuando estos son compartidos, de forma tal que nadie se vea beneficiado a expensas del perjuicio ajeno. Dicho espíritu, actitud o forma de manejo reconocen la verdadera naturaleza de los recursos que nos ocupan, es decir, su carácter de compartidos o comunes, al tiempo que fomentan ciertas conductas y valores que han venido formando la costumbre internacional en las últimas décadas.-

Podemos decir entonces que a esta altura de los acontecimientos *ya no se puede esgrimir, en los tiempos actuales, el principio de soberanía absoluta para justificar abusos de todo tipo en el aprovechamiento de las aguas de una cuenca interjurisdiccional por parte de un Estado en desmedro de los intereses de los demás.*-

Este postulado fundamental es consecuencia, como adelantamos brevemente antes, de una larga evolución que se ha producido en el ámbito del derecho internacional mediante distintos precedentes que han hecho avanzar el concepto de soberanía de su carácter absoluto a otro mas moderado, cuando está en juego la utilización o aprovechamiento de un recurso compartido, en nuestro caso, del agua.-

A continuación, citaré algunos de dichos precedentes, los que serán de suma utilidad para la mejor comprensión y valoración de los usos y manejos que las provincias de Mendoza y La Pampa realizaron y realizan sobre las aguas del Río Atuel, aclarando

²¹ CANO Guillermo J., obra cit. Pag. 33.-

desde ya que todo lo que se diga sobre ríos internacionales es plenamente aplicable a los ríos interprovinciales como lo sostuvo la propia Corte en el fallo del Río Atuel.-

El primero de dichos precedentes es la **Declaración de Madrid de 1.911** donde, en primer lugar, se consideraron los ríos internacionales contiguos siendo la solución propuesta la siguiente: “Cuando un curso de agua forma la frontera de dos Estados, ninguno de ellos puede, sin consentimiento del otro.... introducir alteraciones perjudiciales al margen del otro Estado. Por otra parte, ninguno de los dos Estados puede, dentro de su territorio, explotar o permitir que se explote el agua de manera que produzca grave daño a su explotación por el otro Estado o por particulares, sociedades, etc, del otro”. Respecto a los ríos internacionales sucesivos, la solución es ésta: “Cuando un curso de agua atraviesa sucesivamente los territorios de dos o más Estados: a) el punto en que ese curso de agua atraviesa la frontera... no podrá ser alterado por obras realizadas por uno de los Estados sin el consentimiento del otro Estado... b) quedan prohibidas las alteraciones nocivas del agua... c) no será lícito sustraer, por medio de obras una cantidad de agua tal que la constitución, o en otros términos, el carácter aprovechable o esencial del curso de agua al entrar al territorio inferior, se encuentre modificada seriamente; d) el derecho de navegación... no puede ser violado por cualquier uso de las aguas; e) un Estado en cuyo territorio el río continúa su curso no podrá realizar ni permitir que se realicen en su territorio obras que ocasionen peligros de inundación; f) deben crearse comisiones comunes y permanentes de los Estados interesados que decidan o por lo menos, rindan una opinión cuando se hicieren nuevas obras o modificaciones a las existentes, que ocasionen cualquier consecuencia importante para la parte del curso de agua situado en el territorio del otro Estado”.-

En conclusión, de la Declaración de Madrid de 1.911 surge que para la utilización de las aguas de los ríos internacionales con fines industriales o agrícolas, es indispensable el acuerdo entre los Estados ribereños, dado que ese aprovechamiento puede influir, de diversos modos, en la otra margen si el río fuera contiguo o en el territorio del Estado vecino si el río fuera sucesivo ²².-

Por su parte la **Resolución de Salzburgo de 1.961** dice: “**la obligación de no perjudicar ilegítimamente a otro, es uno de los principios fundamentales que rigen**

²² “COMISION MIXTA ARGENTINO- PARAGUAYA DEL RIO PARANA (COMIP)- DOCUMENTOS Y TRATADOS, “Aprovechamiento Energético del Río Paraná” Buenos Aires, 1992, pag. 5.-

las aguas”, al tiempo que aclara lo siguiente: “Todo Estado tiene el derecho a utilizar las aguas que atraviesan o limitan su territorio bajo reserva de las limitaciones impuestas por el derecho internacional. Este derecho tiene por límite el derecho de utilización de los otros Estados interesados en el mismo curso de agua o cuenca hidrográfica”. Además el artículo 3 de esta declaración establece que la equidad es la base para llegar a una solución ante la falta de acuerdos, teniendo en cuenta las respectivas necesidades de cada uno; y el artículo 5 indica una pauta muy importante a seguir: “... **los trabajos o la utilización (del agua) no podrán ser emprendidos sino después del aviso previo dado a los Estados interesados**”.-

Respecto a nuestra región, y continuando con los precedentes internacionales no se puede dejar de mencionar la **Séptima Conferencia Internacional Americana de Montevideo (1.933)** en donde, por medio de la Resolución LXXII, se declara en su artículo 2 que: “Los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los ríos internacionales. Ese derecho, sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción. En consecuencia, ningún Estado puede, sin el consentimiento del otro ribereño, introducir en los cursos de agua de carácter internacional, por el aprovechamiento industrial o agrícola de sus aguas, ninguna alteración que resulte perjudicial a la margen del otro Estado interesado”. Según Pastorino, este artículo significa que la primera atenuación del derecho de soberanía en el campo internacional fue en virtud del propio derecho de soberanía de los países vecinos, sin tener en cuenta la tutela propia del recurso en sí ²³.-

Siguiendo con la VII Conferencia Internacional de Montevideo, el artículo 4 dice: “Se aplicarán a los ríos sucesivos los mismos principios establecidos por los artículos 2 y 3, que se refieren a los ríos contiguos”. Esto, según el autor citado en el párrafo anterior, significa eliminar la diferencia entre el río que en sí mismo hace de límite, que podía verse como más compartido, con aquél que simplemente atraviesa ese límite. El recurso agua pasa, entonces, a ser considerado como tal, y no ya como curso que sirve de límite a dos o más países, lo que significaba más que nada un problema político, al decir de Cano.-

²³ Pastorino, Leonardo F. obra cit.-

En cuanto a la **consulta y aviso previos**, la Resolución LXXII de Montevideo dispone en su artículo 6 “En los ríos internacionales de curso sucesivo... el Estado o Estados que proyecten la construcción de las obras, deberán comunicar a los demás el resultado de los estudios practicados en lo que se relacione con la navegación, al solo efecto de que tomen conocimiento de ellos” y el art. 7 dispone la denuncia de dichas obras a los demás ribereños realizadas en aguas “internacionales”.-

Otro antecedente importante en esta evolución, lo es el **Tratado de la Cuenca del Plata**, que contempla un nuevo uso para las aguas de esa cuenca: el Hidroeléctrico. Es celebrado por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1.969 y a los efectos de este trabajo, me parece importante destacar que su artículo 1º tiene por objeto “promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable”, y mas adelante expresa que “se promoverá... la formulación de entendimientos para... (entre otras cosas) la facilitación y asistencia en materia de navegación, la **utilización racional del recurso agua**, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su **aprovechamiento múltiple y equitativo**, la preservación y el fomento de la vida animal y vegetal, etc”.-

Asimismo, también dentro de nuestra región, debemos citar la **Declaración de Asunción sobre Aprovechamientos de Ríos Internacionales** del año 1.971, donde se insiste con la distinción entre ríos contiguos y sucesivos. En efecto, su artículo 1º dice “En los ríos internacionales contiguos, **siendo la soberanía compartida**, cualquier aprovechamiento de sus aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños” mientras que el art. 2º reza “En los ríos internacionales de curso sucesivo, **no siendo la soberanía compartida**, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la cuenca”. Mas allá de puntualizar que esta distinción entre ríos contiguos y sucesivos ha perdido vigencia –como puse de manifiesto antes- Guillermo Cano no está de acuerdo con este último artículo cuando dice que sobre los ríos sucesivos la soberanía no es compartida. Sostiene que sobre los “recursos compartidos” hay “soberanía compartida” y que los ríos sucesivos son necesaria y físicamente recursos compartidos, porque no puede erigirse en el límite territorial un dique que contenga el flujo de las aguas ²⁴. Siendo así la soberanía sobre ellos (como sobre los ríos contiguos) también es compartida.-

²⁴ CANO Guillermo J., obra cit. Pag 24.-

Por su parte, las ya mencionadas **Reglas de Helsinki** de la Internacional Law Assotiation (1.966) contienen principios análogos, entre los cuales, en relación a este tema, tienen importancia los de sus artículos 4 y 5. De acuerdo al primero “Cada Estado dentro de los límites de su territorio, tiene derecho a una **participación razonable y equitativa** en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional”.

Para el art. 2 “una cuenca hidrográfica internacional es la zona geográfica que se extiende por el territorio de dos o más estados determinada por la línea divisoria de un sistema hidrográfico de aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común”. La noción de cuenca reemplaza al concepto del río, y se toma como unidad, según Pastorino -trabajo citado-. Los parámetros para definir esta participación razonable y equitativa están dados en el art.5, entre los que se mencionan los factores de la cuenca, su hidrología, clima, la utilización anterior de las aguas de la cuenca, las necesidades económico- sociales de cada Estado, la disponibilidad de otros recursos, el evitar el derroche innecesario, etc.-

Además no se contemplan preferencias de uso, y se prohíbe que un estado preserve para usos futuros el aprovechamiento de las aguas negando el uso actual a otros estados ribereños.-

Es importante señalar, que los principios contenidos en las Reglas de Helsinki, fueron aplicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo del Río Atuel.-

Por último, voy a mencionar la **Declaración de Estocolmo de 1972, sobre el Medio Humano**, que, como vimos antes, introduce el concepto de *recursos compartidos*. Así, el principio 21 establece “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la **obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados** o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.-

Hasta aquí la reseña de precedentes que han ido erosionando el carácter absoluto del concepto de soberanía, para dar paso a otro que contempla la verdadera naturaleza del recurso y los derechos de todos en un pie de igualdad. No fue mi intención pretender abarcarlos a todos, sino solamente citar algunos de ellos para poder utilizarlos luego como *pautas o reglas* a seguir en la utilización de recursos compartidos entre dos o mas Estados –o Provincias a los fines de este trabajo-; por ello, serán retomados mas

adelante -ver Capítulo IX-, para analizar y comentar si estos principios tienen vigencia práctica y son aplicados –o no- en el conflicto del Atuel.-

CAPITULO IV: FALLO DE LA C.S.J.N. SOBRE EL RIO ATUEL

Luego de haber tratado en el capítulo anterior los principios internacionales en materia de aguas compartidas, vuelvo aquí a la cuestión del Atuel, mas precisamente al análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este tema.-

El caso del Río Atuel llega a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacia finales de 1.979. La carátula del expediente es “Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos” y fue fallado el 3 de diciembre de 1.987.-

IV.- 1) Demanda de la Provincia de La Pampa:

La actora reclama que la demandada sea condenada a no turbar la posesión que ejerce y le corresponde sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del Río Atuel y para que cumpla la Resolución 50/49 de “Agua y Energía Eléctrica”. También solicita al máximo tribunal que regle los usos de las aguas en forma compartida entre ambas provincias.-

Para sostener su reclamo, invoca la **interprovincialidad del río**, condición que, según expresa, se deduce de una serie de decisiones de distintas autoridades federales a lo largo de casi 50 años de acuerdo con la prueba documental que acompaña, y se confirma plenamente con los estudios geográficos, históricos, geológicos, agronómicos, hidrológicos y legislativos realizados por especialistas en cada una de esas materias.-

Luego de describir las consecuencias del cese de los escurrimientos en su territorio, debido a los aprovechamientos intensivos e inconsultos hechos en la provincia de Mendoza, así como a la construcción del dique El Nihuil, la actora considera como derecho aplicable:

- a) Los principios del Derecho Internacional Público, que prohíben usar abusivamente de un derecho alterando las condiciones de un recurso natural.-
- b) Los artículos 2637, 2638, 2643, 2645, 2646, 2651, 2653 del Código Civil, en los que fundamenta la “turbación posesoria” de las aguas, aludiendo que las restricciones al dominio que contienen esas disposiciones inspiran todo nuestro derecho hidráulico.-

c) Las Reglas de Helsinki, de la Internacional Law Association, a las que considera como fuentes del derecho no obstante surgir de instituciones de carácter privado.-

d) También invoca un “derecho federal” surgido de las decisiones de la Corte en materia hidráulica, que se nutre de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde menciona el célebre caso “**Kansas v. Colorado**” de 1.906, cuyos principales argumentos sintetiza diciendo que “los Estados tienen un derecho igual a obtener los beneficios de las corrientes de agua naturales que dividen o atraviesan sus respectivos territorios”.-

Y para concluir, fundamenta su reclamo con la opinión de modernos doctrinarios y especialistas en la materia, rechazando expresamente la “Doctrina Harmon” y haciendo notar que, en la actualidad, de esas doctrinas surge el principio de participación equitativa de las aguas, límites al uso unilateral de los ríos compartidos, la necesidad de consulta y la aplicación de la equidad.-

Ante esta presentación, la Provincia demandada opone excepción previa de defecto legal por considerar que el petitorio de la parte actora es impreciso ya que no hace mención al caudal o porcentaje de agua pretendido. La Pampa contesta diciendo que ello es imposible establecerlo “a priori” ya que surgirá de toda la prueba a producirse y que respetará los usos consuntivos efectivos actuales de la cuenca, (el subrayado me pertenece) caso contrario, hubiera reclamado directamente el 50% de las aguas del Atuel. Solamente reclama “lo justo, ni más ni menos”. Como se verá mas adelante, esta expresa mención de la actora de que “respetará los usos efectivos y actuales de la cuenca” fue decisiva en la resolución de la Corte y que, según mi opinión, selló la suerte de la Provincia de La Pampa en el litigio, como se verá en el apartado siguiente.-

Finalmente el Alto Tribunal resuelve desestimar la excepción planteada por la demandada, por lo que se produce la contestación de demanda.-

IV.- 2) Contestación de Demanda de la Provincia de Mendoza

Obviamente, la Provincia de Mendoza sostiene que la demanda debe ser rechazada porque:

a) El Atuel es un río provincial –no interprovincial- ya que corre solamente por su territorio, en razón de que finaliza su curso en la localidad de Carmensa.-

b) La Ley Nacional 12.650 y el contrato de 1.941 celebrado entre el Gobierno Nacional y Mendoza –en virtud de los cuales se construye el Dique “El Nihuil”- son plenamente

oponibles a la actora, ya que aquél tomó la decisión política de desarrollar el sur mendocino aún a sabiendas que ello significaba privar de agua al Territorio Nacional de La Pampa. Por consiguiente dicho tratado, celebrado por el gobierno federal, en esa época administrador del Territorio de La Pampa, obliga a esta provincia por los efectos del principio que rige la sucesión entre estados en el derecho internacional.-

c) No corresponde la acción posesoria, en virtud de que el Código Civil es inaplicable a este litigio.-

d) Aún en el supuesto que se admitiera la procedencia de las normas del Código Civil, la acción posesoria estaría prescrita, debido al tiempo transcurrido.-

e) Por último, sostiene que deben protegerse las economías preexistentes, el respeto de los usos cronológicamente anteriores y los derechos adquiridos.-

IV.- 3) Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

a) Interprovincialidad del Río:

La primera cuestión a la que se aboca la Corte es a resolver sobre la interprovincialidad o no del Río Atuel ²⁵.-

Al respecto veíamos que Mendoza sostuvo que el río era provincial, ya que llegaba hasta la localidad de Carmensa, sita en su territorio, y que aguas abajo a partir de allí perdía la condición de “perennidad”, indispensable para la existencia de un “río”. “El río se pierde totalmente como curso superficial después de las tomas de San Pedro del Atuel, a la altura de Carmensa” sostuvo, por lo tanto los periódicos escurrimientos hacia la Pampa -durante menos de 4 meses cada lapso de 4 años según la demandada- no conforman un río en sentido jurídico.-

Por el contrario, la extensa prueba ofrecida por la provincia de La Pampa incluyó pericias geográficas, hidrográficas, hidrológicas e hidrogeológicas que demostraron categóricamente, entre otras cosas, que la cuenca del Atuel se halla ubicada en los territorios de ambas provincias y que por lo tanto el río era interprovincial, postura que finalmente acepta la Corte.-

De los dichos de los peritos referidos a este tema resulta importante citar aquí algunos de ellos como por ejemplo que “la cuenca del río abarca un total de 54.800 km² de los

²⁵ Considerandos 1 a 27 de la sentencia.-

cuales 36.600 están en territorio mendocino y 18.200 en territorio pampeano”; “el flujo de agua por las noticias existentes siempre fue permanente en la Provincia de La Pampa” o que el río “es un curso de agua definido que comprende los territorios de Mendoza y La Pampa”.-

También menciona el fallo que la falta de un curso de agua permanente que llegue al oeste pampeano **no se debe a causas naturales** (como quiso demostrar la demandada) sino a la presencia de obras que interrumpieron los escurrimientos en virtud de la derivación total o parcial de caudales con fines de riego desde Rincón del Atuel hasta Carmensa (Mendoza), destacándose la entrada en operación del Nihuil como causa fundamental del cese completo del río desde 1.947 hasta 1.973, año en que nuevamente, a veces en forma esporádica y otras en forma continua, volvieron a ingresar caudales a La Pampa. Ello fundamenta que “el río no sea naturalmente intermitente” y que deba interpretarse como “naturalmente permanente” en toda su extensión; así “la presencia de las aguas del río Atuel en la provincia de La Pampa fue y debe –o mejor dicho debiera- ser un hecho normal en condiciones naturales de no interferencia”.-

Por todo esto el máximo tribunal concluye que corresponde **declarar la interprovincialidad del Atuel**, sosteniendo que si en algún momento el río no llega al territorio de La Pampa transformándose en un curso “no continuo” -es decir sin el requisito de la perennidad- ello se debe a las obras realizadas en territorio mendocino. Dice el considerando 25 que “si la circulación de caudales en el tramo Rincón del Atuel (Mendoza)- paralelo 36 (límite entre las dos Provincias) presenta, sin considerar las obras, un régimen sin mayores variantes que sí se altera si se computan los aprovechamientos, resulta razonable atribuir a éstos y no a aquellos fenómenos (hace referencia a los esgrimidos por Mendoza como causas naturales que impiden que el río corra hasta La Pampa) la interrupción o disminución de ese escurrimiento”.-

b) Oponibilidad a la Provincia de La Pampa del Contrato de 1.941 celebrado entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza:

Una vez decidido el carácter interprovincial del río, la Corte pasa a considerar si el contrato celebrado en 1.941 entre el Gobierno Nacional (por entonces administrador del Territorio Nacional de La Pampa) y la Provincia de Mendoza, le es oponible o no a la

actora²⁶. Recordemos que Mendoza sostuvo que dicho convenio, por el cual se llevó a cabo la construcción de “El Nihuil”, obligaba a la Provincia de La Pampa en su carácter de sucesora del Estado Nacional.-

En el supuesto de que el río “fuera” interprovincial –alegó la demandada-, la autoridad nacional tenía plena competencia para convenir con Mendoza el aprovechamiento del curso de agua que penetraba en un territorio nacional, sometido por entonces a su jurisdicción exclusiva, y que según el principio internacional de la “sucesión de estados” La Pampa, al adquirir el status de provincia, lo hizo “sometida a las condiciones preexistentes y no podía ahora pretender mejores derechos que los del Estado Federal al que pertenecía su territorio hasta ese momento”²⁷.-

Ante este planteo, lo primero que reconoce la Corte, luego de un detallado análisis de la doctrina y jurisprudencia constitucional norteamericanas, es que **los territorios nacionales son simples divisiones administrativas de la Nación, sometidas “temporariamente” a la jurisdicción y legislación del gobierno nacional, y que están destinados a convertirse en provincia una vez que estén dadas las condiciones exigidas por las leyes**, al mismo tiempo que es de su esencia la condición temporaria de estos territorios y su potencialidad latente para incorporarse a las unidades autónomas del régimen federal. Cita en este punto a Henry Campbell Black, para quien “los territorios no son estados de la Unión sino entidades administrativas sujetas a la autoridad nacional y a la legislación del Congreso” y también a Corwin quien en su obra “The Constitution of de United Status” dice que “en los territorios el Congreso ejerce plena jurisdicción tanto nacional como local y tiene plenas facultades legislativas”.-

Posteriormente menciona a Willoughby quien dice que “no caben dudas que esos territorios no incluidos por entonces dentro de los límites de los estados existentes, caían bajo la soberanía de los estados Unidos, pero que la intención al tiempo de dictarse la Constitución era que sean posteriormente divididos e incorporados como nuevos Estados de la Unión” y que estas características destacadas por el autor citado fueron receptadas tempranamente por la jurisprudencia constitucional norteamericana: ya en el caso “**Loughborough c/ Blake**” donde se dijo que los territorios eran “un estado de minoridad avanzando hacia la adultez, en búsqueda de una completa igualdad tan pronto como se alcance su desarrollo”. En otro importante precedente, “**Shilvey c/ Bowlby**”, también se dijo que “los territorios son administrados con el objeto de que tan

²⁶ Considerandos 28 a 60 de la sentencia.-

²⁷ Del considerando 30 de la sentencia.-

pronto como su población y aptitud lo justifiquen, sean admitidos en la Unión como estados en el mismo plano de igualdad que los estados originarios en todos los sentidos” –del considerando 38 del fallo- Y en otro precedente fundamental como fue el caso “**Pollard’s Lesse c/ Hagon**”, referido al estado de Alabama, se estableció que “el principio de la igualdad (equal footing) se ha referido hasta ahora a los derechos políticos y a la soberanía. No incluye el aspecto económico. Nunca ha habido igualdad entre los estados en ese sentido”

Por eso, dada su temporalidad y vocación de transformarse en estados autónomos, la Corte pasa a analizar, siempre en base a precedentes norteamericanos, si los actos anteriores otorgados por del Gobierno Federal sobre los territorios nacionales, pueden obligarlas una vez que logran el “status” de provincia. En este punto la Corte realiza una importante distinción, según que esos actos hayan tenido en cuenta o no el objetivo último de la existencia de esos territorios, es decir, llegar a constituir nuevos estados en un perfecto pie de igualdad con los ya existentes:

a) Por un lado cita el caso de las “tierras fiscales”: dice que son bienes del dominio privado del estado –nacional en el caso de un territorio- y que por lo tanto **las Provincias no tienen la facultad de desconocer los actos válidos que la Nación consumó con anterioridad a su provincialización**, porque en este caso han sido realizados teniendo en miras “preparar el camino para que esas regiones, alcanzado un grado específico de desarrollo, pasaran a constituir unidades políticas definidas y autónomas” y menciona a los actos que impulsaron la colonización -por medio de la concesión de tierras fiscales- como un hito fundamental para la posterior existencia de las provincias.-

b) Pero si respecto a las tierras fiscales ninguna duda cabía sobre la competencia del gobierno federal para dictar actos que obligaran posteriormente a las provincias, con respecto a otros bienes, como son las **playas y los lechos de los ríos navegables**, la Corte cita dos importantes casos norteamericanos en donde se establece para esta clase de bienes -afectados al uso y goce público- un tratamiento distinto: son los precedentes “**Martin et al c/ Waddell**” y “**Pollard’s Lesse c/ Hagan et all**”. En el primero de ellos se dijo que “después de la independencia los estados se convirtieron en soberanos y en tal carácter, **tuvieron derechos sobre sus aguas navegables y sus lechos afectados al uso común**” y fue en base a este precedente que tres años mas tarde (en 1.845) en “Pollard`s” se sostuvo que “al nuevo estado de Alabama, creado sobre la base de territorios cedidos por los estados originarios de Virginia y Georgia al gobierno federal,

le pertenecen las aguas navegables y sus lechos, aquí en litigio, sujeto a los derechos otorgados en la Constitución al gobierno federal”.

De esta reseña, concluye la Corte en el considerando 51 que: 1) el gobierno federal ejerce una autoridad plena durante el período territorial; 2) que, **en general**, sus actos obligan a los nuevos estados que se constituyan; 3) que durante aquel lapso puede disponer libremente de ciertos bienes como las tierras fiscales, cuya colonización y explotación sería uno de sus objetivos de gobierno; 4) **que, en cambio, el poder de disposición o de efectuar concesiones aparece seriamente limitado si se trata de otros bienes, como los recursos naturales afectados al uso y goce públicos** y por tanto asimilable a nuestros bienes de dominio público, con relación a los cuales **solo serán reconocidos si se los ejercen para satisfacer los fines tenidos en vista para la creación del territorio y si surge una clara manifestación de voluntad en ese sentido**”.-

Concluye el Tribunal, luego de estudiar los antecedentes parlamentarios de la Ley 12.650 y del Contrato entre Nación y Mendoza, que ellos “para nada contemplaron la hipótesis de que el río Atuel conformara un recurso compartido entre la Provincia de Mendoza y el gobierno federal como autoridad que era por entonces en el territorio de La Pampa”²⁸ por lo que de ninguna forma fueron tenidos en cuenta los fines e intereses del territorio nacional en cuestión, y así descarta que dicho convenio tenga efecto vinculante para la actora; por lo tanto la Provincia de La Pampa tiene el más absoluto derecho de acceder y disponer de sus recursos naturales en un completo y total “pie de igualdad” con las demás provincias.-

c) Naturaleza de la Jurisdicción de la Corte. Acción Posesoria de Aguas y Regulación de usos interpuesta por La Pampa:

No siéndole oponible a la actora el convenio antes citado, nuestro máximo tribunal pasa a considerar el reclamo de La Pampa tendiente a lograr su participación en el aprovechamiento de las aguas y la regulación de los usos entre ambas partes.-

Antes, nuestra Corte hace expresa mención a un importante precedente resuelto por la Corte Norteamericana, el de “**Kansas v. Colorado**”, donde destaca que “las disputas entre distintos estados –en nuestro caso distintas provincias- involucran los intereses de

²⁸ Considerando 59 de la sentencia.-

cuasi soberanos, presentan cuestiones delicadas y complejas, y debido a la posibilidad de una fuerte alteración de las condiciones existentes, **requieren mas de una experta administración que de una decisión judicial** basada sobre reglas demasiado estrictas. Tales controversias podrían resolverse mediante la negociación y el acuerdo en el marco de la cláusula de los Tratados de la Constitución”. Estas palabras del célebre caso norteamericano, son citadas por nuestra Corte para indicar que los conflictos entre dos o más provincias dentro de un Estado Federal, que habilitan su competencia en el marco del artículo 109 de la C.N. (texto anterior a la reforma), tienen un carácter diverso al de otros casos, ya que no se trata de una “causa civil ordinaria” ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces.-

Coincidentemente, en su voto en disidencia, el Dr Carlos Fayt nos dice que la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia en supuestos de conflictos interprovinciales es muy diversa a la establecida para su actuación como tribunal de justicia. “Dirimir no es juzgar” sostiene, y si en estos casos se estableció la actuación de la Corte, solamente fue por una preferencia del constituyente en el reparto de tareas que efectuó; “dirimir es ajustar, fenecer, componer una controversia” mientras que “juzgar sería la facultad de deliberar acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en algún asunto, y sentenciar lo procedente”.Y destaca esa función dirimente -no judicial- de la Corte para resolver los problemas que se susciten entre dos o más provincias como trascendental para el sostenimiento de la paz interior.-

Luego, con relación al derecho aplicable, la Corte trae a colación lo resuelto en “**Connecticut c/ Massachussets**” de la jurisprudencia norteamericana, donde las conclusiones sobre la intervención de la Corte aparecen mas explícitas. Allí se resolvió que “para la decisión de conflictos entre estados en relación con el aprovechamiento de aguas se considera y aplica la ley estatal, federal o internacional conforme a las exigencias que el caso particular requiera. La determinación de los derechos relativos de los estados contendientes respecto del uso de aguas que los atraviesan no depende de las mismas consideraciones ni están gobernados por las mismas reglas que se aplican para la solución de cuestiones similares de derecho privado”. Con estos antecedentes, concluye la Corte que en estos supuestos de relaciones políticas entre los estados, se requiere que se otorguen amplias facultades al Tribunal para determinar el derecho aplicable y que la solución surgirá del derecho constitucional -nacional o comparado- y de los principios y normas del Derecho Internacional Público. Por lo tanto, **las disposiciones de derecho privado** –como la posesión y acciones que la protegen del

Código Civil- invocadas por la actora para fundamentar su reclamo, **no resultan aplicables al caso del Atuel**. Y argumenta diciendo que los ríos, sean navegables o no, forman parte del dominio público nacional o provincial y, fuera del ámbito privado, las restricciones a ese dominio-las del Cód. Civil- son enteramente inaplicables, por lo que “es indudable –sigue- que pretender aplicar las soluciones que este consagra –se refiere al Código Civil- a bienes del dominio público para decidir un conflicto interprovincial en materia de aprovechamiento y regulación de aguas, no es admisible”²⁹. Con argumentos similares, también rechaza la acción turbatoria de la posesión.-

Dejada de lado la acción posesoria de aguas del Código Civil interpuesta por la Provincia de La Pampa, la Corte aclara que ello no es obstáculo para resolver el caso a la luz de otros principios invocados por la actora, entre los que se encuentran, como apuntamos antes, los del Derecho Constitucional y los del Derecho Internacional Público, como se verá enseguida.-

d) Análisis de los usos preexistentes en ambas provincias:

Antes de resolver el caso, nuestro máximo tribunal consideró necesario hacer una breve reseña histórica de los procesos de colonización llevados a cabo tanto en el sur mendocino como en el noroeste pampeano³⁰. Así menciona el desigual desarrollo de ambas regiones (ver “Usos Históricos del Atuel” en Capítulo I apartado II), y destaca que mientras en las áreas de regadío situadas aguas arriba el proceso de colonización y desarrollo se produjo a un ritmo constante y acelerado, en la zona árida pampeana sucedió todo lo contrario. Se habla del fracaso de la Colonia “Butaló” como el único intento llevado a cabo por el gobierno federal para promover el desarrollo agropecuario de estas tierras.-

En este punto, llega a la conclusión de que “Butaló” nunca fue un proyecto viable, debido a las incipientes dificultades que tuvo que sobrellevar, tales como: a) su situación geográfica –alejada de centros de población y estaciones ferroviarias-, b) los altos precios que debería pagar la producción en concepto de flete, ya que la estación Telen –punta de rieles del ferrocarril a Bragado- se encontraba a casi 40 leguas (unos 200 km) de allí, c) la sequía, d) las difíciles comunicaciones, e) las inundaciones

²⁹ Considerando 71 de la sentencia.-

³⁰ Considerando 73 y sgtes.-

provocadas por los desbordes del arroyo “Butaló”, f) la escasa calidad de las pasturas naturales y g) la condición salobre de aquellas aguas.-

Tratando de conciliar esta opinión de la Corte con las fuentes citadas anteriormente (ver Capítulo I ap. 2) que hablaban de un gran potencial en la zona oeste de La Pampa debido a la presencia del río –mas específicamente de su brazo oriental “Butaló”, se debería tener en cuenta que por esos años ya se estaban derivando caudales de cierta magnitud hacia las áreas de regadío en el sureste mendocino, por lo que opino que el frustrado intento de “Butaló” fue una consecuencia inmediata de esta situación, lo cual no es tomado en cuenta por el Tribunal. Éste solo dice que las dificultades de la colonia pampeana no se deben “solo a los usos de las aguas del Atuel en Mendoza”, lo que quizás sea cierto, pero por ello no deben relativizarse esos aprovechamientos, ya que “el” problema en territorio pampeano era –y es- justamente ese uso –y abuso- de las aguas que provocaron el corte del río en el área donde se hallaba situada “Butaló”. La propia Corte al comienzo del considerando 80 de la sentencia, alude a que “para 1.920, ya se alude a desvíos del curso”.-

No obstante, para el Tribunal, estos aprovechamientos desiguales a lo largo de las últimas décadas adquieren gran relevancia al momento de pronunciarse sobre los “usos preexistentes”; además, invocando otro antecedente norteamericano –el ya citado **“Pollard’s Lesse c/ Hagon et all”**-, sostiene que la igualdad entre los estados, en nuestro caso entre las provincias, que forman una federación, no importa igualdad económica, para de esa forma convalidar el “statu quo” que significó que Mendoza siga usando y agotando toda el agua.-

Por último, se infiere de los restantes considerandos de la sentencia referidos a este asunto, que La Pampa nunca se preocupó demasiado por los usos y aprovechamientos que pudiera haber hecho del agua en su territorio; pero aquí cabe una salvedad importante: ello le fue imposible debido a su condición de “Territorio”, la consiguiente situación desventajosa que a mi criterio ello supuso y a que, cuando se constituyó como provincia, ya se encontraba despojada del recurso, entonces ¿como reprochar un no aprovechamiento racional de un recurso que nunca se tuvo? Más que despreocupación por parte del estado pampeano se advierte todo lo contrario: una lucha incansable durante largas décadas por recuperar los recursos hídricos de los cuales fue despojado.-

e) Usos consuntivos “efectivos y actuales” realizados en Mendoza:

A continuación el fallo se refiere a los usos “efectivos y actuales” de las aguas del Atuel en la zona de riego mendocina, ya que La Pampa sostuvo desde un principio su voluntad de respetar “los usos consuntivos efectivos actuales de la cuenca”: de esta forma y dentro de esos límites, esos usos no importan turbación a su derecho; para determinarlos, el Tribunal pasa a considerar:

a) la superficie efectivamente regada, b) los requerimientos de agua, c) eficiencia de la red de riego y d) la oferta hídrica existente.-

Respecto al primer punto, mientras La Pampa estimó la superficie regada en algo más de 54.000 hectáreas, Mendoza sostuvo que eran 90.000, sin resignar su derecho a regar las 132.000 Has sobre las que tenía concedidos derechos de riego; la Corte por su parte, tomando en cuenta los informes periciales, la fijó en 76.761 Has.-

En segundo lugar, los requerimientos de agua fueron considerados en relación a la eficiencia de la red de riego: con una eficacia actual del sistema al momento del fallo del orden de 0,30 se necesitarían 1.667 hm³ por año para cubrir las necesidades de la superficie sembrada en Mendoza, que bajarían a 1.000 hm³ si se mejorara el rendimiento a 0,50. Por lo tanto, se considera importante analizar ese grado de eficacia, ya que de ello hace depender la actora el reconocimiento de los usos actuales en Mendoza. La Pampa sostuvo –y sostiene- que el deficiente funcionamiento del sistema de riego mendocino, provoca el derroche de agua en grandes cantidades, lo que impide que llegue a su territorio para ser aplicada al riego.-

La Corte, en este punto, consideró que la eficacia del 30 % (0.30) de la red de riego situada en Mendoza es la que se observa en otras áreas de nuestro país, como también en otros estados como Estados Unidos o Méjico; que la ineficiencia no es debido a “mala conducta”, sino a “limitaciones de orden técnico y financiero”³¹ y que si bien el sistema del Río Atuel padece de los defectos mencionados, “no revela un nivel de ineficiencia tal que importe un derroche injustificado del recurso hídrico”. No estoy de acuerdo con estas conclusiones: no parece razonable que de cada cien litros de agua se pierdan setenta, y menos aún que el “regular”, “precario”, “vetusto”, etc estado del sistema de riego mendocino –todos términos utilizados en el fallo- no sean suficientes motivos como para encarar obras paliativas de esa situación, como podrían ser, al menos, el revestimiento de los canales de las tomas principales del río para evitar pérdidas por infiltración; mas aún estando en juego algo tan importante como es que

³¹ Considerando 102 de la sentencia.-

una de las provincias en litigio pueda tener algo de agua para evitar la miseria de sus pobladores, de sus producciones, y el desastre ecológico que se está produciendo en su zona oeste. Si bien el fallo reconoce que existen obras idóneas para mejorar la eficiencia de las redes de riego y evitar el derroche de agua en grandes cantidades, concluye que las mismas son muy costosas como para efectivizarlas; por ello descarta la realización de infraestructura de gran envergadura.-

El último punto a resolver habíamos visto que era el de la oferta hídrica; la Corte dice que la misma deber ser considerada en relación a los requerimientos de riego, para lo que hay que tener en cuenta el nivel de eficiencia existente (0.30) y el que se alcanzaría de llevarse a cabo obras de mejoramiento (0.50).-

Tomando en cuenta la superficie a regar establecida -de 75.761 has-, se necesitarían como dijimos 1.667 hm³ anuales tomando en consideración la eficiencia actual de 0.30. Por su parte la oferta hídrica, según los peritos agrónomos e hidráulicos, solo llega a los 1.204 hm³/año al pie de la presa de Valle Grande, con lo cual se produciría un déficit del recurso de 463 hm³ por año. Pero con una eficiencia de la red de 0.50, el tribunal sostiene que, aún reducido, el déficit se mantendría, por lo que solo la realización de **obras de recuperación de caudales**, mas la mejora del sistema de riego, provocarían un excedente de alrededor de 298 hm³³². Sin embargo, la millonaria inversión que demandarían esos trabajos de recuperación sería totalmente desproporcionada en relación a los resultados de la producción que podría alcanzarse en el noroeste pampeano, por lo que no se considera viable su realización. De esta manera, “al no haber acreditado la actora –según la Corte- de manera clara y convincente un notorio mal uso de la red de riego mendocina pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas, y que, aún la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0.50, no produciría excedente, **la reconocida aceptación de La Pampa de los usos consuntivos “actuales y efectivos”** conduce a desestimar su reclamo, toda vez que no ha acreditado con la necesaria certeza el uso abusivo que atribuye a Mendoza”³³.-

Dije anteriormente que el liso y llano reconocimiento por parte de La Pampa de los usos consuntivos efectivos y actuales que hiciera Mendoza, había resultado ser definitivo para sus pretensiones. En efecto, considero que la Provincia de La Pampa, si bien inspirada en propósitos de colaboración y buena vecindad –los que precisamente

³² Considerando 110.-

³³ Considerando 116 de la sentencia.-

siempre le faltaron a su vecina-, se excedió en sus concesiones, ya que al no poder acreditar luego los usos abusivos, se quedó sin nada. Claro que es fácil decir esto con “el resultado puesto”, pero quizás podría haberse solicitado en la demanda una cantidad de hm³ anuales proporcionales a la superficie de la cuenca que se halla en su territorio: es decir, si un 20% de la cuenca del Atuel se extiende por La Pampa, ¿Por qué no solicitar el 20% de la oferta hídrica del río? Si, como vimos, en la actualidad y sin la realización de obras de recuperación de caudales, la oferta hídrica es de 1.204 hm³ anuales, se podría haber reclamado directamente unos 240 hm³/año y no quedar tan expuesta a los resultados de las pericias, que no favorecieron su postura en este punto. Pienso que reconocer “todos” los usos fue lapidario para la actora, porque el eje de discusión pasó a ser no ya la interprovincialidad del río y su cuenca –de lo que se hubiera desprendido toda la cuestión de los recursos compartidos y su regulación equitativa- sino cuanta agua hacía falta en Mendoza para regar sus sembrados, sin importar que no alcanzara para La Pampa. De esta forma, ¿de que sirvió a la actora un fallo que declare la interprovincialidad de del río si Mendoza sigue utilizando toda el agua disponible?

De todas maneras cabe mencionar que el voto en disidencia del Dr. Fayt se hizo eco de esta situación y así, no obstante reconocer que el cabal reconocimiento de los derechos de La Pampa resultarían de una excesiva onerosidad, impone a la provincia demandada la obligación de aumentar la eficiencia global de su red de riego mediante la realización de obras en un término de cinco años, de manera de producir un excedente de la oferta hídrica de unos 204 hm³/año, de los cuales 100 podrían ir a La Pampa. Lamentablemente, su postura no fue compartida por los restantes ministros.-

f) Ultimas consideraciones –Obligación de negociar:

Hacia el final del fallo, tampoco La Pampa pudo acreditar, en opinión del máximo tribunal, que la existencia de usos benéficos futuros en su región justifique, desde un punto de vista económico, la realización de las obras mencionadas, a las que por otra parte no considera “financiera ni físicamente posibles” –como ya se puso de manifiesto en el punto anterior- ni que los usos pretendidos del río en su territorio superan en importancia a los actuales en Mendoza. Además, tales usos desestabilizarían una economía establecida como la de la zona de riego en San Rafael y General Alvear, lo

que significa plasmar aquel principio de que la igualdad de los estados no implica igualdad económica.-

Para arribar a estas conclusiones, la Corte vuelve sobre la jurisprudencia norteamericana, para analizar lo resuelto en un caso de gran semejanza con el nuestro como fue el de “**Colorado v. Nuevo Méjico**” con relación al uso del río Vermejo –de 1.984-, y en el que se hizo referencia a los principios sobre los cuales correspondía decidir el litigio: allí se dijo que cabía poner límites a la teoría de la “prioridad en el uso” para dar paso a la doctrina del “aprovechamiento equitativo”. Este principio de equidad, no obstante, es generalmente vinculante y fundamenta la protección de las economías existentes ya que “el quebrantamiento de los usos ya establecidos origina un daño inmediato en tanto que los beneficios de una derivación propuesta resultan conjeturales” si bien esto puede atenuarse “cuando el estado que pretende la derivación demuestre en forma clara y convincente que los beneficios que ella ocasiona sobrepasan cualquier daño que pueda resultar” –del consid. 121- Así se resolvió que la demanda de Colorado no podía prosperar ya que “el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es indudable e inmediato, mientras que los beneficios potenciales pueden ser especulativos y remotos”. Al considerar la Corte estas conclusiones plenamente aplicables al caso del Atuel, resuelve que La Pampa –sobre quien pesa la carga de la prueba- no ha acreditado en forma clara y convincente que los usos futuros en su territorio justifiquen la ejecución de las millonarias obras de recuperación de caudales necesarias para lograr excedentes, ni que sus futuras zonas de regadío superarán en importancia a las ya existentes en Mendoza.-

Por último, a partir de considerando 127, el fallo hace mención a que el principio del “aprovechamiento equitativo” ha recibido consagración también en el **derecho internacional**. Sostiene que posturas extremas tales como la “Doctrina Harmon” han dado paso a otras menos estrictas, como la de la “utilización equitativa” o “soberanía limitada”, y a conceptos tales como el de “cuenca hidrográfica”, participación razonable en los usos y beneficios de las aguas, consulta previa, y cooperación de buena fe entre los estados para la armonización de sus derechos.-

Estas últimas teorías parten del reconocimiento objetivo de que entre los estados ribereños o estados del sistema de un curso de agua internacional se configura una dependencia física permanente, y ello determinó que en el **caso del “Río Oder”** la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuviera que “entre los estados existe una comunidad de intereses que se convierte en la base de una comunidad de derecho, cuyos

rasgos esenciales son la perfecta igualdad de todos los estados ribereños en el uso de todo el recorrido del río y la exclusión de todo privilegio en favor de un ribereño cualquiera en relación con los otros”. De esto se presume, dice la Corte, que el curso de agua internacional es un **recurso natural compartido**, lo que demuestra la evolución de ideas antes mencionadas.-

También menciona el fallo en su consid. 129, que simultáneamente con esta evolución se produjo el afianzamiento del concepto de **“Cuenca Hidrográfica”** caracterizada como **una unidad** constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común, y que mereció, como vimos al principio de este trabajo, consagración en el artículo II de las Reglas de Helsinki sobre los “Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales” aprobadas por la Internacional Law Association en 1.966.-

En cuanto al uso prevaleciente de este nuevo concepto en el ámbito internacional, cita la Corte el Asunto del **“Lago Lanoux”** entre Francia y España donde se dijo que “El Tribunal no puede desconocer la realidad, desde el punto de vista de la geografía física, de cada cuenca fluvial, que constituye, como lo sostiene la memoria española, una **unidad**” y que “la unidad de una cuenca solo está sancionada en el plano jurídico en la medida en que corresponda a las realidades humanas”.-

Continúa luego la Corte diciendo que ese **principio de utilización equitativa**, que deriva del nuevo concepto de cuenca hidrográfica, es un criterio que se caracteriza por su flexibilidad, y que por lo tanto “deberá ser adecuado a la diversidad de los distintos sistemas de cursos de aguas internacionales, cada uno de los cuales posee características diferentes, tanto en sus aspectos físicos como humanos” –considerando 130- y que el mismo ha sido base de numerosas convenciones internacionales en los que nuestro país es parte y cita el “Acta de Buenos Aires sobre Cuencas Hidrológicas” y el “Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas, entre otras.-

También se menciona el valioso criterio de la **consulta previa** en casos de nuevas obras que puedan afectar la utilización de un curso de agua internacional por otro estado y se citan cuales son los factores pertinentes que permiten determinar, en cada caso particular, que es lo que constituye una participación razonable y equitativa en cada cuenca. Esos factores son, por citar algunos, los del artículo V de las **“Reglas de Helsinki”** o los del **“Segundo Informe sobre el Derecho de los Cursos de Aguas”** de la Comisión de Derecho Internacional, que han receptado principios generales

reflejados en la práctica y que cuentan en general con el consenso de los estados – algunos de ellos ya citados anteriormente.-

Para ir finalizando, cabe decir también que la armonización de los derechos respectivos a una distribución equitativa, necesita para su efectiva realización de la **cooperación de buena fe** de los estados de cursos de agua. Al respecto, la Corte cita en el considerando 132 al relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, Stephen C. Mc. Caffrey, quien en el “**Tercer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación**” dijo que “la cooperación de buena fe entre los estados respecto de la utilización de un curso de agua internacional es un fundamento esencial para el funcionamiento sin tropiezos de otras reglas de procedimientos, y en última instancia, para lograr y preservar una distribución de los usos y beneficios del curso de aguas”. Esta obligación de cooperar también fue expresada por el Tribunal Arbitral en el caso del Lago Lanoux, y por la Corte Internacional de Justicia en los “**Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte: República Federal de Alemania c. Países Bajos y República Federal de Alemania c. Dinamarca**”.-

También esa necesidad de cooperación fue establecida en diversos instrumentos internacionales como la “**Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados**”, la “**Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua**” celebrada en Mar del Plata en 1.967, o la “**Carta Europea del Agua**”, el “**Acta de Asunción**” o el “**Tratado de la Cuenca del Plata**” entre otros.-

Por último la Corte destaca como muy importante que esa cooperación “**debe procurarse a través de negociaciones** que, para cada caso concreto, precise cual es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada estado, y de ser conveniente, determine cuales han de ser los mecanismos o procedimientos adecuados para la administración y gestión del curso de agua... la negociación ha de reflejar buena voluntad y no ha de encubrir una mera formalidad...” –Consid. 134- Así lo estableció también la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando dijo que “Los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional”.-

Así es entonces, en base a todas estas consideraciones, como la Corte resuelve que en definitiva sean las propias provincias de La Pampa y Mendoza, a través de acuerdos entre ellas, quienes negocien a los fines de la regulación futura del Río Atuel, ya que considera que **todos los principios mencionados** -válidos como costumbre en el

derecho internacional y plasmados en diversas resoluciones y declaraciones internacionales según vimos en el Capítulo I- **son aplicables directamente por analogía a los cursos de agua interprovinciales.-**

g) Decisión Final de la Corte:

Luego de este detallado comentario realizado en los puntos anteriores, la decisión final de la Corte en este histórico fallo consistió en:

- 1) Declarar la interprovincialidad del Río Atuel.-
- 2) Rechazar la acción posesoria interpuesta por la Provincia de La Pampa y la pretensión a que se dé cumplimiento a la Resolución 50/49 de “Agua y Energía Eléctrica” como así también a que se regulen los usos de las aguas del río en forma compartida, siempre que Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie de 75.761 has. Y
- 3) Exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del Atuel.-

IV.- 4) REFLEXION FINAL SOBRE EL FALLO:

El primer y principal interrogante que se nos presenta luego de haberse dictado el fallo del Atuel, es si sirvió para solucionar al conflicto: lamentablemente, la respuesta es negativa, porque si bien ya han pasado mas de veinte años la realidad nos dice que los problemas han continuado: La Pampa sigue reclamando por la falta de agua en su territorio provocada por los cortes del río y Mendoza continúa manejando y aprovechando el recurso en forma unilateral e inconsulta igual que antes.-

Las posiciones de una y otra provincia siguen siendo tan encontradas como antes del pronunciamiento de la Corte, ya que ambas lo han interpretado según su conveniencia:

La Provincia de La Pampa, valiéndose del carácter interprovincial del río dado por el Tribunal, pretende que Mendoza se reúna con ella a los fines de negociar un reparto mas equitativo del recurso, según lo establece el fallo en su considerando tercero; por su parte la provincia cuyana sostiene que el punto segundo de la sentencia constituye “cosa juzgada” al otorgarle el derecho de regar una superficie de 75.761 has; entonces el razonamiento de los mendocinos es muy simple: como en la actualidad las áreas bajo riego no alcanzan la superficie mencionada, sostienen que hasta tanto ello no suceda no

dejarán pasar agua hacia La Pampa. Una vez que tengan bajo riego esa cantidad de hectáreas, recién ahí –dicen- se reunirán con su vecina para discutir los famosos “usos futuros” del río.-

Como se observa, poco se ha avanzado en soluciones concretas; cada parte sigue sosteniendo distintas formas de ver el conflicto, ahora basadas en diferentes puntos de la sentencia; solo un tibio acercamiento se produce entre ellas cada tanto, como los que veremos en el capítulo siguiente, pero que no llegan a lograr una solución de fondo.-

Esa falta de soluciones planteó una duda histórica a los pampeanos desde que se conoció el fallo: “¿ganamos o perdimos?” Porque si bien se declaró que el Río Atuel es interprovincial, y por lo tanto un recurso compartido, Mendoza se quedó con el agua. Más allá de que en este caso donde están en disputa los intereses de dos provincias hermanas no debiera haber vencedores ni vencidos, sino más bien acciones consensuadas que impliquen soluciones integrales que beneficien a todos por igual, considero que la respuesta a ese interrogante es negativa. La provincia de La Pampa como dije antes, en los términos en que planteó su demanda nada provechoso obtuvo en términos concretos luego de la sentencia; al contrario, al respetar lisa y llanamente “los usos consuntivos efectivos y actuales” dio pie a la Corte para otorgar a Mendoza el derecho de seguir usando toda el agua, ya que recordemos que la oferta hídrica del río es insuficiente en la actualidad mientras no se realicen obras de recuperación de caudales y no se mejore la eficiencia de la red de riego.-

A esta altura vale una aclaración: cuando digo que el planteo de la actora fue inconveniente al respetar los “usos actuales” en Mendoza, no quiero decir con esto que se dejen de lado los importantes intereses económicos de la zona de San Rafael y General Alvear, ni que se perjudique su economía frutihortícola soltando todo el caudal que desee La Pampa, sino simplemente que la provincia cuyana podría dar al recurso una utilización mas eficiente, mas racional, menos dilapidadora, (y no desperdiciar la increíble cantidad de agua que desperdicia en la actualidad), de manera tal que se produzca *algún* excedente para su vecina; ya vimos como la mayoría de los ministros del Tribunal, a diferencia del voto en disidencia del Dr. Fayt, no contemplaron la posibilidad de que Mendoza mejore la eficiencia de su red de riego por considerar que pese a sus dificultades y problemas, la misma está dentro de los parámetros “normales” -aunque recordemos que de cada cien litros de agua se derrochan setenta debido a los vetustos métodos de riego utilizados, sin la asistencia de tecnología mas moderna y eficaz.-

Más allá de esto, los pampeanos vienen recordando desde 1.987 a su vecina la “interprovincialidad” del río para que deje correr algo de agua y que deben “sentarse” a discutir los “usos futuros” del mismo, que por otra parte, más que futuros parecen ya “utópicos” mientras no se pongan de acuerdo ambas provincias en realizar obras de recuperación de caudales.-

En conclusión La Pampa reprocha a Mendoza no observar los puntos 1ro y 3ro de la sentencia, y ésta a aquella el hecho de insistir en una cuestión sobre la que ya hay cosa juzgada (en el considerando 2do); o sea que, como dije al principio, nada se ha resuelto con este fallo. Es más, muchos pampeanos han considerado que se trató de una solución “salomónica” que tuvo pocas o casi nulas consecuencias prácticas, opinión con la que coincido, aunque sin dejar de reconocer que los acuerdos entre las provincias son el mejor camino para llegar a resolver este litigio.-

CAPITULO V: ACUERDOS ENTRE LA PAMPA Y MENDOZA:

En el marco del punto tercero del fallo del Río Atuel, que como vimos exhorta a las partes a la celebración de convenios tendientes a una razonable y equitativa participación de los “usos futuros” del río, se celebró en la ciudad de Buenos Aires con fecha 7 de noviembre de 1.989 el denominado “**Protocolo de Entendimiento Interprovincial**” (P.E.I.) suscripto por el entonces gobernador de Mendoza José Octavio Bordón y su par pampeano Néstor Rufino Ahuad.-

Este Protocolo fue presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de noviembre de ese mismo año, junto con un “Acuerdo de Ejecución”, del cual surge que “...las Provincias de Mendoza y La Pampa han acordado iniciar, formalmente, las tratativas tendientes a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel *imbuidas del espíritu de un federalismo de coordinación (contrario al federalismo de oposición)* superador de conflictos estériles entre Estados de una misma Nación...” y que “... las tratativas se desarrollarán dentro del marco de una Comisión Interprovincial que ambas provincias se comprometen a constituir.-

Quien sabe donde quedó ese “espíritu” federal a la luz de las acciones llevadas a cabo durante los años posteriores por el gobierno mendocino, que ha continuado ignorando sistemáticamente los reclamos pampeanos al igual que antes del fallo y de este “Acuerdo”.-

Por su parte, el “P.E.I.” es el instrumento por medio del cual se constituyó la “Comisión Interprovincial del Atuel Inferior” (C.I.A.I.), que está encabezada por los gobernadores de La Pampa y Mendoza. Algunas de las acciones a desarrollar en su ámbito son: “...3) Definición y concreción de proyectos de desarrollo agropecuario... que simultáneamente planteen la *recuperación y protección del sistema ecológico*, en especial de sus componentes suelo y agua. 4) Ejecución de las acciones destinadas a lograr en el Río Atuel *una oferta hídrica mas abundante* que permita la creación de nuevas áreas bajo riego...”. “... 8) Implementación de acciones tendientes a la participación del Estado Nacional con el fin de que este contribuya efectivamente a la concreción de los objetivos planteados en el presente”. Esa contribución deberá traducirse en obras que “convertirán la degradación en recuperación, la tierra seca en campos productivos, los puestos en poblaciones pujantes y la desigualdad en justicia social”.-

Por su parte el punto 5) del P.E.I. contiene una disposición fundamental en la que se basan los reclamos pampeanos referidos al medio ambiente; dice “Definición y concreción *en lo inmediato* de acciones tendientes al *reestablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Río Atuel*, y para la utilización de las aguas del mismo con el objeto de satisfacer las necesidades de aprovechamiento de las poblaciones ubicadas en el área”.-

Por último, cabe destacar que las partes reconocen que “el sudeste mendocino y el noroeste pampeano... muestran similitudes que trascienden el paisaje dominante” y que “cuenta con recursos naturales que deberán ser *inteligentemente armonizados, eficientemente aprovechados y compartidos en consenso...*” todo ello para “expandir la promoción agropecuaria como factor básico, revirtiendo los procesos deteriorantes de los recursos naturales, el empobrecimiento social y la emigración poblacional”³⁴.-

Pero la firma del Protocolo de Entendimiento Interprovincial no fue el único instrumento firmado entre ambas provincias, ya que el 11 de febrero de 1.992 se celebró entre los gobernadores de La Pampa y Mendoza, Rubén Marín y Rodolfo Gabrielli respectivamente, el “**Tratado del Atuel**” que en su cláusula sexta destaca como objetivo primordial establecer los medios técnicos para lograr el cumplimiento de lo determinado en los apartados cuarto y quinto del P.E.I. o sea ejecutar conjuntamente “las acciones destinadas a lograr en el río Atuel una oferta hídrica más abundante que

³⁴ Documento obtenido en la Biblioteca de la Secretaría de Recursos Hídricos del Gobierno de La Pampa.-

permita la creación de nuevas áreas bajo riego" y a permitir "el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Atuel".-

De más esta decir que la mayoría de estos objetivos –por no decir todos- que debían desarrollarse en el seno de la C.I.A.I. no han sido alcanzados, fundamentalmente por la actitud renuente por parte de Mendoza al momento de realizar las reuniones. Una vez más estamos en presencia de una situación en la que, desde las palabras y la mera expresión de deseos, se prometen muchas cosas, pero luego cuando llega el tiempo de las acciones, las propuestas no avanzan: vuelven a surgir las mezquindades, los egoísmos, la falta de compromiso, y lo que es peor, el no cumplimiento de las obligaciones asumidas que llevan al fracaso de toda iniciativa.-

La Provincia de Mendoza nunca cumplió con lo que se había comprometido a realizar, porque a pesar de haber firmado el P.E.I. y del Tratado del Atuel vemos que:

a) *Nunca reestableció el caudal mínimo fluvioecológico* del río en su curso inferior, cosa que solo ella puede hacer ya que los diques existentes en su territorio son los que detienen las aguas;

b) *Tampoco tuvo en cuenta las dificultades productivas del oeste pampeano ni que en ella puedan crearse nuevas áreas de riego, como tampoco la difícil situación de los pobladores antes crecidas extraordinarias*, y esta despreocupación se ve reflejada, por ejemplo, en que cuando el caudal del río es insuficiente en épocas de escasas nevadas y precipitaciones, cierra todas las compuertas de sus diques ocasionando el corte del curso aguas abajo, con la consiguiente sequía, mortandad de animales, emigración de la población y el deterioro en los ecosistemas que ello provoca. Por el contrario, en años de grandes nevadas en las altas cumbres, cuando el agua sobra, suelta grandes cantidades en forma súbita y repentina sin el más mínimo aviso, lo que causa grandes inundaciones en las márgenes del río y sus bañados que perjudican gravemente a los puesteros pampeanos y a la hacienda y, mas grave aún, provoca serios riesgos a la localidad pampeana de Algarrobo del Aguila –recordemos que junto a ella pasa el Arroyo de la Barda- la que mas de una vez ha estado al borde de quedar totalmente bajo agua; actitudes como éstas nos llevan a reflexionar de la siguiente manera: ¿Qué costaría a las autoridades de Mendoza al menos avisar a las comunas o comisarías de Santa Isabel y de Algarrobo, cuando realiza sueltas de agua de gran magnitud, para que aunque sea puedan construir sus defensas con algo de tiempo? Sin embargo, ello no ocurre, y la situación siempre toma por sorpresa a aquellos pobladores que luego rápidamente deben acudir a realizar defensas de tierra –o de lo que sea- en una tarea

“contrareloj” a medida que se produce la creciente. Cualquiera que siga este tema a través de los medios locales puede estar al tanto de lo que digo: en la zona de Algarrobo del Aguila no hay términos medios: o sequía o inundación.-

c) Además *siempre se mostró esquiva a la realización de obras conjuntas con La Pampa tendientes a recuperar caudales según lo establece el P.E.I.*, y las que está haciendo, como por ejemplo la construcción de un canal marginal paralelo al río entre San Rafael y General Alvear, **son realizadas por su cuenta** y al solo efecto de mejorar su propia red de riego. Cabe preguntarse para que se creó la C.I.A.I. si no es para debatir y consensuar la realización de obras de este tipo.-

d) *En cuanto al medio ambiente demuestra un absoluto desinterés ante el desastre ecológico que se está produciendo en la cuenca inferior del Atuel* desconociendo totalmente aquello de que los recursos naturales de la zona debían ser inteligentemente armonizados, eficientemente aprovechados y compartidos en consenso, para evitar entre otras cosas los procesos deteriorantes del medio ambiente. Este tema, por la importancia que tiene, lo trataré más detenidamente en el próximo capítulo.-

A pesar de esto, no quiero decir que solo Mendoza “sea el malo de la película” y que tenga la responsabilidad exclusiva de no haberse podido avanzar en la búsqueda de consensos. En La Pampa, el Río Atuel muchas veces ha sido olvidado e ignorado por sus autoridades, sea cual sea el signo partidario al que pertenecieran, y mas de una vez solo se lo ha reflatado “como cuestión de Estado” en épocas próximas a elecciones, en una actitud tan típica de muchos de nuestros representantes en tiempos de campaña electoral ³⁵. Sin embargo es justo destacar que ese no fue el caso desde 2.003 en adelante, ya que a partir de allí se ha evidenciado una nueva y genuina preocupación del gobierno de La Pampa por el manejo y la recuperación de los cursos de agua que corren por su territorio, con la creación de la Secretaría de Recursos Hídricos, aunque lamentablemente muchos resultados no se han obtenido. Será responsabilidad de las nuevas autoridades que ese nuevo impulso político tendiente a encontrar soluciones no quede en el olvido, como ya ocurrió otras veces.-

Por último, -para ser breve, ya que sería imposible mencionar aquí todos los acuerdos, proyectos, etc que se han firmado o planeado en estos veinte años- cabe mencionar una nueva propuesta hecha por La Pampa a Mendoza que despertó otra vez expectativas de

³⁵ Baste como ejemplo que en octubre del año pasado, el Gobierno Nacional prometió a las autoridades pampeanas que se reuniría el Comité Ejecutivo del C.O.I.R.C.O. para el mes de noviembre. Dicha reunión, en la que La Pampa iba a intentar tratar el tema del Atuel con Mendoza, no obstante haber sido convocada por el Ministerio del Interior nunca se llevó a cabo y fue suspendida sin nueva fecha.-

solución: en mayo de 2.006 se avanzó y firmó un Acta Acuerdo entre la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación y representantes de ambas provincias en la que acordaron un proyecto para la distribución de una mayor disponibilidad de agua en el río Atuel.-

Dicho proyecto contempla la realización de obras mediante inversiones conjuntas que realizarían ambas partes, (con la ayuda de Nación que aportaría parte de los recursos), para aumentar la eficiencia en la conducción del agua del río Atuel. La mayor disponibilidad de agua resultante, que rondaría los 10 m/seg en los años medios, sería repartida en partes iguales, por lo que correspondería a La Pampa un caudal fijo e ininterrumpido del orden de los 5 m³/seg.-

Las obras proyectadas son:

- 1) Impermeabilización de la red primaria de riego en San Rafael y General Alvear, obra que reduciría en forma muy importante las pérdidas de conducción, deprimiría el nivel de las napas freáticas y mejoraría el adelantado proceso de salinización y degradación de los suelos;
- 2) Construcción de un canal impermeabilizado desde Carmensa (donde se encuentra la última toma de la red de riego mendocina) hasta La Puntilla (situada en el límite entre ambas provincias) para llevar sin pérdidas de conducción el caudal que corresponde a La Pampa hasta su área de aprovechamiento.-
- 3) Recrecimiento definitivo del Canal Marginal del Río Atuel (que está construyendo Mendoza por su cuenta), para poder transportar el mayor caudal que estará destinado a la provincia de La Pampa; y
- 4) Instalación de una red de medición de caudales.³⁶

El proyecto será financiado en un cincuenta por ciento con recursos aportados por el Gobierno Nacional, y el resto con fondos de las provincias interesadas.-

Ambas partes se comprometieron a compartir en partes iguales la mayor cantidad de agua que resulte de las obras y para la materialización de este Acta acordaron constituir una Unidad de Coordinación Técnica.-

Finalmente las signatarias prometieron organizar conjuntamente una reunión entre los gobernadores de las dos provincias y sus respectivos equipos técnicos **a efectos de propiciar la suscripción de este Acta Acuerdo y avanzar en el proyecto**, lo que hasta fines del año pasado todavía no había ocurrido, cuando no, por renuencia mendocina.

³⁶ Fuente: "Noticias Oficiales" de la página web del Gobierno de La Pampa, www.lapampa.gov.ar, boletín publicado el 19 de octubre de 2.007.-

De todos modos, hay mucha esperanza en el gobierno pampeano de que finalmente este proyecto pueda llevarse a cabo a pesar de lo difícil que resulta negociar con su par mendocino³⁷.-

CAPITULO VI: CONSECUENCIAS DEL CORTE DEL RIO: EL DAÑO AL AMBIENTE EN EL OESTE PAMPEANO:

VI.- 1) Cambios en el paisaje: del Oasis al Desierto

Lo desarrollado hasta ahora en los capítulos precedentes tuvo por objeto principal el análisis de los problemas ocasionados a los pobladores y establecimientos productivos pampeanos ribereños debido a la retención de las aguas del Atuel en Mendoza. Se podría decir que he venido realizando un enfoque “económico” y “social” del problema. Pero hay otra consecuencia negativa de no menos importancia, y es la que abordaré en este capítulo: **la cuestión ambiental**, o sea, el daño a los ecosistemas del oeste pampeano ocasionado por el corte del río, que produjo que una zona que antes era rica en flora y fauna poco a poco se convirtiera en un desierto.-

En el Capítulo II decía que el ingreso del Atuel en la provincia de La Pampa, -hacia fines del siglo XIX, cuando aún no había comenzado a ser utilizado en forma intensiva por la provincia arribeña- se producía mediante tres brazos principales: “Atuel viejo” (o Atuel propiamente dicho), “Butaló” y “de la Barda” –único vigente- mas una extensa y profusa serie de brazos secundarios, entre los que se destacaban el “Tinajeras” y “De los Ingenieros”. Estos brazos y canales formaban lo que se conoce con el nombre de “Bañados del Atuel”, de vital importancia para el sostenimiento del ecosistema del lugar.-

Walter Cazenave nos dice que “el Atuel, en su forma prístina, alcanzó los 9.000 km² de superficie de bañados (humedales)”, pero que “el particular desarrollo del país los hizo retroceder hasta casi su extinción por la utilización de caudales en la cuenca superior y media”³⁸. Estos humedales ocupaban los Departamentos Chicalcó, Chalileo y Limay Mahuida, o sea un área que iba desde las localidades pampeanas de Santa Isabel

³⁷ Así me lo hizo saber el Ing. Raúl Hernández, Director de Investigaciones Hídricas de la Secretaría de Recursos Hídricos del Gobierno de La Pampa, en una visita que realicé a dicha repartición administrativa el 19 de diciembre de 2.007.-

³⁸ CAZENAVE, Walter, “La desaparición de los bañados del Río Atuel: un caso de acción antrópica”, 1995, también publicado en la pagina web de Fundación Alihuen: www.alihuen.org.ar .-

y Algarrobo del Aguila al norte, hasta Paso de los Algarrobos al Sur, donde se produce la confluencia de los ríos Atuel y Salado- Chadileuvú. Toda la zona que atraviesan los bañados está ubicada dentro de la franja árida de la Argentina, con lluvias del orden de los 350 milímetros, por lo que este sistema fluvioalustre constituía, en su forma original, un oasis de notable magnitud.-

Pero ya hacia la segunda década del siglo pasado, como vimos, “los sucesivos aprovechamientos legales o clandestinos efectuados aguas arriba destinados a regadío (acordes con el desarrollo del país en sentido norte-sur) fueron mermando caudales y secando cauces, disminuyendo en consecuencia el área alustre. En 1948, con la construcción de un dique de embalse en el curso superior del río, dejó de escurrir el único brazo activo, marcando la desaparición definitiva de los escasos restos de bañados que quedaban....”³⁹.-

Continúa el autor citado diciendo que “Una formación de ese tipo y magnitud dentro del ambiente climático señalado tuvo, necesariamente, una enorme importancia como particular nicho ecológico. Los testimonios históricos coinciden en señalar que la vasta extensión conformada por cauces principales, arroyos y brazos secundarios, lagunas, bañados y humedales permitió el desarrollo de una ecología muy particular en medio del virtual desierto que rodeaba al fluvio”.-

También menciona en su trabajo las riquezas en flora, fauna, agua y leña que había en siglos anteriores: respecto a la flora nos dice Cazenave que “en épocas de escurrimientos normales abundaba lo que en las pampas se llama genéricamente pastos tiernos, localmente nombrados como gramilla, trébol de olor, lengua de vaca... etc., además de una maciega alta que permitía, en general, una considerable carga animal”. En cuanto a la fauna “abundaban hasta el primer tercio del presente siglo enormes bandadas de flamencos, patos, gallaretas, teros de distinta variedad, garzas, cisnes de cuello blanco y de cuello negro y gansos entre otros...”. También se destacaba la presencia de algunos mamíferos como la nutria, el aguará o lobo de las pampas, el jaguar y el carpincho. Hoy en día persisten en la zona zorros, pumas, gatos monteses y algunos cerdos montaraces.-

Finalmente concluye Cazenave diciendo que “Con lo expuesto parece evidente que el paulatino deterioro de la franja fluvioalustre, especialmente en lo que hace a bañados y

³⁹ CAZENAVE, Walter, obra citada.-

lagunas, motivó un progresivo deterioro de la biota, con emigración y extinción de especies, especialmente hidrófilas”.-

Todo esto que dice el Ingeniero Cazenave es suficiente para darnos cuenta que se ha producido un cambio radical en el medio ambiente del oeste pampeano desde hace casi un siglo a la fecha; los que tuvimos la posibilidad de transitar por esa zona de La Pampa, sin ser técnicos, ingenieros o especialistas, nos hemos percatado de que algo ha sucedido.-

Y lo que sucedió es que se produjo una modificación radical en la zona de los antiguos bañados. **Según los especialistas, esa alteración ambiental se debe a la falta de agua en las cantidades que se registraban en años anteriores**, de tal forma que se produjo un desecamiento general del área que derivó en que el suelo haya quedado expuesto a largos procesos erosivos, producto de la acción de los fuertes y secos vientos patagónicos y de las altas temperaturas que se registran en la región durante el verano. Además, la arena ha avanzado sobre los lechos secos de los cauces y lagunas y se generaron importantes procesos de salinización debido a los cada vez menores escurrimientos. Ello sumado a que por naturaleza se trata de una zona de escasas precipitaciones, las que recordemos rondan en promedio apenas los 350 milímetros anuales.-.

Fácil es concluir entonces que todo este proceso ha contribuido a la formación paulatina de un desierto donde antes se encontraban extensos humedales, y ello a su vez determinó la desaparición de muchas especies de flora y fauna con el consiguiente deterioro del ecosistema. Ello configura el daño ambiental a que hacía referencia y que es el objeto de estudio de este capítulo.-

VI. 2.- El daño Ambiental:

En el marco del Derecho Ambiental que ha venido surgiendo en las últimas décadas, se puede realizar un enfoque diferente de la problemática del Río Atuel, prestando atención ya no solo a las dificultades económicas y productivas sino al deterioro que se ha producido en el ecosistema debido al cese de los escurrimientos.-

Leonardo F. Pastorino ⁴⁰ nos dice que el daño ambiental comprende dos acepciones: el *daño a través del ambiente*, que sería aquel “daño a las personas o a las cosas por

⁴⁰ PASTORINO, Leonardo F., “El daño al Ambiente”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.005, pag 153 (con cita de Walsh y Preuss).-

alteraciones al medio ambiente”, o sea aquel daño causado “de rebote” según dicen algunos; y el *daño al ambiente en sí mismo*, o sea, “el perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas”; siendo el primero susceptible de reparación mediante las reglas de atribución de responsabilidad del derecho clásico, mientras el segundo ya no sería una hipótesis de derecho civil sino mas bien un supuesto que generaría principalmente la necesidad de remediar o recomponer, antes que de indemnizar.-

Aplicando estos conceptos al caso del oeste pampeano, a mi juicio no caben dudas que ambas especies de daños se han configurado:

a) El Daño al Ambiente: porque las acciones unilaterales, inconsultas y por que no decirlo en muchas ocasiones ilegales, llevadas a cabo en las zonas de riego de Mendoza, fueron ocasionando que La Pampa se viera privada de un recurso tan elemental para la existencia de los ecosistemas como es el agua; ello como quedó dicho, fue determinante para el avanzado proceso de desertización que se observa en el oeste en la actualidad, y para que hoy por hoy se observen dunas donde antes había pastos, salitrales donde antes había agua, arbustos donde antes se encontraban algarrobos, etc., etc. Todo contribuyó para que las variadas especies de flora y fauna que antes existían en el lugar, como nos recordaba el Ing. Cazenave, poco a poco fueran desapareciendo del paisaje, produciéndose un inusitado retroceso del ecosistema al punto tal de llegar a estar, en ocasiones, al borde de la desaparición. Y esto es consecuencia, mas allá de que algunos se empecinen en negarlo, de acciones antrópicas llevadas a cabo sin la más mínima planificación ni preocupación, ya que no fue la naturaleza la que quiso que así fueran las cosas: al contrario, como ya ha quedado hartamente comprobado a lo largo de las páginas de este trabajo, hasta hace un siglo las cosas eran muy diferentes en el oeste de La Pampa, que no puede seguir siendo a esta altura de los acontecimientos “el patio trasero” de la provincia arribeña. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto considero que el daño al ambiente como tal, a la naturaleza y sus componentes, se encuentra plenamente acreditado en este caso.-

b) El Daño a través del Ambiente: porque el deterioro que ha sufrido el ambiente, ha impactado sin ninguna duda en las personas y su patrimonio. Piénsese si no en la cantidad de habitantes de la zona que se vieron obligados en las últimas décadas a abandonar sus explotaciones debido a que su hacienda no tenía ni siquiera agua para tomar o pasturas para alimentarse. El desierto en que se han convertido los antiguos

bañados ocasiona graves perjuicios a los pobladores, por ejemplo, mortandad de hacienda, falta de agua para consumo humano, imposibilidad de crear huertas o chacras bajo riego, enfermedades, aislamiento, etc. Es decir que tampoco caben dudas de que este tipo de daño se ha producido en el noroeste pampeano.-

VI. 3.- Consecuencias del Daño Ambiental:

Según Cazenave⁴¹ “El paso del tiempo sin dar algún tipo de regularidad a los escurrimientos acentúa la dificultad de recuperación, siquiera parcial, de la antigua área de bañados. Los hechos irreversibles de carácter antrópico producidos en la cuenca alta y media -varias decenas de miles de has bajo riego, abastecimiento a poblaciones, producción de hidroenergía- dejan sin embargo resquicios técnicos como para pensar en la disposición de caudales suficientes como para restablecer el equilibrio fluvioecológico de los cauces principales, junto con aprovechamientos para regadío en las zonas ubicadas al sur del paralelo 36, hoy desecadas casi absolutamente....”. Según estas consideraciones, realizadas por un especialista en la materia, hemos llegado al punto de que las consecuencias del daño ambiental causado a los Bañados del Atuel son en buena parte **irreversibles**, ya que el avanzado estado del proceso de desertificación hace imposibles encarar a esta altura proyectos de recomposición.-

Sin embargo, coincido con la opinión del autor en el sentido de que a pesar de que esa *recomposición*⁴² ambiental sea imposible, la realización de obras adecuadas podría ayudar a revertir este proceso aunque sea parcialmente, y permitir un *mejoramiento ambiental*, que, como dice Pastorino sería una técnica menor a la restauración que comprende cualquier clase de tarea tendiente a imponer una situación de mayor calidad ambiental, sin pensar en llegar a restaurar totalmente los equilibrios preexistentes o recomponer el territorio afectado⁴³. Este “mejoramiento ambiental” procuraría alcanzar en alguna medida el restablecimiento del sistema ecológico- fluvial en el curso inferior del río Atuel mediante la realización de trabajos que, como sostiene Cazenave, “en el mejor de los casos, podrían facilitar la recuperación (mas bien sería el mejoramiento en el sentido antes expuesto) de un corredor de unos 90 km de largo por dos o tres miles de metros de ancho”. El resto del área –prosigue- quedará condenada al estancamiento de

⁴¹ CAZENAVE, Walter, obra citada.-

⁴² Utilizo este término en el mismo sentido que Leonardo PASTORINO quien sostiene que “recomponer es volver al estado anterior un hecho determinado”.-

⁴³ PASTORINO, Leonardo F, obra cit. pag 22.-

la actual situación, con recuperaciones temporarias durante las grandes crecidas, que se producen aproximadamente en forma undecenal”.-

Así, una vez que hemos visto que el daño ambiental es un hecho consumado en la zona de los antiguos bañados del Atuel, y cuales han sido sus consecuencias, pasaremos a revisar el nuevo marco legal constitucional y legal en la materia a través del cual se abren nuevas alternativas para tratar de encontrar una solución a este grave problema.-

VI. 4.- Marco Legal:

VI. 4.- a): Constitución Nacional: El nuevo **artículo 41** de nuestra Constitución Nacional dice: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.-

Luego de la reforma constitucional de 1.994 se incorpora, como vemos, este nuevo derecho a un ambiente sano y equilibrado, pero ello supone al mismo tiempo, el deber de preservarlo por parte de todos y cada uno de nosotros, obligación también y muy especialmente a cargo del Estado. Esta norma no solo está dirigida a proteger el derecho *del hombre* a vivir en un medio natural adecuado, sino que también contempla la tutela del ambiente *por sí mismo*, a tono con el desenvolvimiento que el derecho ambiental ha tenido en los últimos años. Se puede decir aquí que la Provincia de Mendoza tiene, junto con el Estado Nacional y el resto de las provincias, esa especial obligación de proteger el ambiente en beneficio de todos los habitantes y de la naturaleza en sí misma; de todos modos, la poca conciencia ambiental que existe en la población en general y en las autoridades en particular, han hecho que la provincia cuyana no haya evidenciado

ninguna preocupación por los desórdenes ambientales ocasionados en la provincia situada aguas abajo como consecuencia de su abusivo aprovechamiento de las aguas.-

Además de la obligación de recomponer que pesa sobre el causante del daño, este artículo también destaca que las autoridades proveerán lo necesario para la efectiva realización y goce de este derecho por parte de sus titulares, como así también para la *utilización racional de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica*. En razón de esto último, podemos decir una vez más que en el caso del Atuel el precepto constitucional no ha sido respetado, ya que luego de 1.994 la situación no ha variado, y al contrario, como vimos en los puntos anteriores de este capítulo, año tras año se acentúa la degradación ambiental y se agravan sus consecuencias para los seres humanos, la flora y la fauna del lugar sin que ninguna autoridad nacional o provincial haya tomado cartas en el asunto.-

VI. 4.- b) Ley General del Ambiente N° 25.675: Unos años después, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el párrafo tercero del artículo 41 de la C.N. se sanciona la denominada “**Ley General de Ambiente**” N° 25.675, cuyo propósito fue establecer aquellos “presupuestos mínimos” que debían ser establecidos por la Nación y que luego las Provincias deben complementar por medio de leyes locales.-

Esta ley establece que sus finalidades son lograr “una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” en todo el territorio de la Nación. Sus objetivos entre otros son:

- a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;
- b) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;
- c) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;
- d) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;
- e) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;
- f) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional;

g) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental;

g) Etc.

Luego contiene diversos principios para la interpretación y aplicación de la ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, como por ejemplo el de congruencia, de prevención, precautorio, de responsabilidad, de subsidiariedad (muy criticado porque relega al Estado a un papel secundario en la preservación y protección ambientales), de sustentabilidad, de solidaridad, entre otros.-

También se contemplan reglas de competencia, instrumentos de política y gestión ambiental, evaluaciones de impacto ambiental y todo el tema del daño con sus respectivas acciones. Respecto a éste último tema, cabe mencionar que el daño puede surgir no solo de actos ilícitos, sino también lícitos, y se lo define como *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*. No caben dudas que a la luz de esta definición, ello es precisamente lo que ha ocurrido en la cuenca inferior del Río Atuel, es decir, se ha modificado sustancialmente la naturaleza y sus recursos, lo que gravitó en el desequilibrio de los ecosistemas, como hemos visto.-

Sigue la ley diciendo –en esta muy resumida síntesis que pretendo realizar de sus aspectos mas importantes- que el que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción o, si esto no es posible, de la indemnización sustitutiva que corresponda. Producido el daño ambiental colectivo, los legitimados para obtener su recomposición son el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, el Estado nacional, provincial o municipal; y la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.-

Por último me voy a detener en dos cuestiones puntuales: **el ordenamiento ambiental territorial y la acción de cese a través del amparo.-**

Respecto a la primera cuestión, cabe mencionar que la ley establece en su artículo 9 que “El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación, y se generan mediante la **coordinación interjurisdiccional** entre los municipios y las provincias y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del **Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)**; el mismo

deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí y de éstos con la administración pública”. Así tenemos que el ordenamiento ambiental es la organización del territorio pero incorporando las variables ambientales, las cuales deben armonizarse con las necesidades del desarrollo sostenible, es decir, se trata de un concepto que trata de armonizar el uso y la ocupación del espacio natural contemplando las distintas variables existentes como los recursos naturales, la dinámica social, la estructura productiva, los asentamiento humanos y la infraestructura de servicios; por eso el artículo 10 de la ley 25.675 menciona expresamente que para dicho ordenamiento se deberán tener en cuenta “los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional” todo ello para “asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable” .

Hechas estas consideraciones -y como los mismos peritajes arrimados por las partes en la sustanciación de la prueba en el fallo del Atuel dejan constancia que las condiciones naturales, físicas, ecológicas y climatológicas del sudeste mendocino son las mismas que las del noroeste pampeano- podría plantearse la posibilidad de que en el seno del COFEMA las provincias de Mendoza y La Pampa puedan consensuar mediante mecanismos de coordinación interjurisdiccional (como la propia ley dice) sus intereses comunes en la región y así poder llevar a cabo políticas integradas tendientes a relocalizar las actividades productivas que se realizan sobre las márgenes del río de manera tal de poder integrar también en el desarrollo frutihortícola de la región a la cuenca baja del Atuel; quiero decir que de esa forma se evitaría el contraste existente en la actualidad, que es la causa principal de la falta de integración física y económica del centro del país, y que nos muestra a la zona de General Alvear y San Rafael como un gran oasis, y al territorio pampeano como un gran desierto con los inconvenientes ambientales que ello significa y que hemos descrito; lo que planteo puntualmente es que con una reubicación de las actividades productivas, y teniendo en cuenta además todos los factores que la ley menciona, podrían llegar a solucionarse en alguna medida los problemas ecológicos, sociales, de aislamiento y económicos del noroeste pampeano. Claro que para ello es necesario una actitud abierta y una visión de desarrollo regional integral a mediano o largo plazo que trascienda los límites políticos de cada provincia,

de lo contrario esto será simplemente una expresión de deseos que nunca podrá concretarse.-

Por otra parte, la **Acción de cese del daño a través del amparo** la encontramos a continuación de la acción de recomposición prevista en la primera parte del artículo 30 de la Ley 25.675. Este artículo en su parte final dice que “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente –para la acción de recomposición- toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. Como se observa, esta norma podría ser aplicada perfectamente al caso del Atuel, ya que la referencia a “toda persona” como legitimados activos para interponer esta acción, permitiría a cualquier habitante, municipio, ONG, etc utilizar esta acción de amparo para intentar aminorar los aprovechamientos intensivos del río en la zona mendocina, y garantizar un caudal mínimo fluvio- ecológico para La Pampa, con el objeto de detener el daño ambiental que se está produciendo en su territorio; esto gracias a la amplia legitimación que brinda la norma al referirse a “toda persona” y que protege a cualquiera que sea titular de este derecho subjetivo difuso a un ambiente sano y equilibrado.-

VI. 4.- c) Ley 25.688 “Régimen de Gestión Ambiental de Aguas” Además de la Ley General de Ambiente, podemos citar la **Ley 25.688** del año 2.002, denominada “Régimen de Gestión Ambiental de Aguas”. No obstante ser muy criticada (y con razón) por contener disposiciones que revelan un indebido avance de Nación sobre facultades provinciales en cuanto al aprovechamiento y el uso de las aguas -ya que todos los recursos naturales son del dominio originario de las provincias- dispone que “las cuencas hídricas se consideran *indivisibles* como unidad ambiental de gestión del recurso”, lo que nos hace suponer que cuando se trata de cuencas que se extienden por el territorio de dos o más provincias, como en nuestro caso, ambas jurisdicciones tendrían que tener participación en los usos y beneficios de las mismas. También dispone que se establezcan los Comités de Cuencas Hídricas para las cuencas interjurisdiccionales, para colaborar con las autoridades competentes en la gestión ambientalmente sustentable del recurso y asimismo se contempla el caso de que se cauce un impacto ambiental significativo sobre alguna de las otras jurisdicciones, como consecuencia de actividades realizadas en otra.-

VI. 4.- d) Constitución de la Provincia de La Pampa: Por su parte, la Constitución provincial, a tono con la Constitución Nacional, en su artículo 18 establece que “Todos los habitantes tienen el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los poderes públicos dictarán normas que aseguren: a) la protección del suelo, la flora, la fauna y la atmósfera; b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas c) una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.... Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten”.-

También se ha dictado en La Pampa una Ley General de Ambiente, la Número 1.914 que en lo sustancial, tiene el mismo contenido que la ley nacional 25.675.-

En cambio, no se observa en la Constitución de la Provincia de Mendoza norma alguna referida al medio ambiente.-

Como aclaré anteriormente, no es el propósito de este trabajo realizar un estudio pormenorizado de las normas ambientales que he mencionado; simplemente se quiere poner de manifiesto que existe toda una nueva normativa ambiental a través de la cual se podrían abrir nuevas alternativas de solución para el conflicto del Atuel.-

Digamos que el fallo de la Corte de 1.987 no se expidió sobre la problemática ambiental que subyace en este caso, y que ello se debió a que por esos años todavía la cuestión del medio ambiente y su protección era muy incipiente –además de no haber sido contemplada en la demanda, por supuesto-; quizás ahora haya un nuevo camino por recorrer por la provincia perjudicada para lograr recuperar el recurso que le pertenece: así lo entienden las ONG`s e instituciones intermedias pampeanas que han planteado nuevamente el tema del Atuel ante la Corte, pero esta vez desde una perspectiva ambientalista, como veremos luego, sin perjuicio de que el reclamo debería estar avalado y sostenido por el propio gobierno (y no solamente por instituciones privadas) ya que las aguas como todo otro recurso natural son del dominio público de la Provincia.-

Para culminar este apartado digamos finalmente que no caben dudas de que los pobladores del oeste pampeano han sido privados de su derecho a gozar de un ambiente sano “apto para el desarrollo humano”, como dice el artículo 41 de la C.N, con un

agravante: el causante del daño en este caso ha sido el propio Estado (mendocino) quien se supone debe ser el primero (junto con la Nación y el resto de las provincias) que debe proveer a su protección. Desde que existe esta normativa, nada se ha hecho para la protección de este derecho, ni para “la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica”; al contrario, Mendoza ha continuado manejando las aguas del Atuel de manera inadecuada, sin tener en cuenta las necesidades de la cuenca en su integridad, no obstante tratarse de un recurso compartido.-

VI. 5.- Nuevo reclamo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Este tema prefiero ubicarlo en el presente capítulo referido al medio ambiente para dar continuidad a todo lo expuesto hasta el momento, si bien podría desarrollarse en el siguiente capítulo referido a “El conflicto en la actualidad...” (Ver Capítulo VI).-

Al respecto digamos que desde el año pasado se comenzó a analizar en el seno de la Fundación Chadileuvú⁴⁴ el estado de estancamiento en que se encontraban los reclamos del gobierno pampeano a su par mendocino, debido a que todas las propuestas de La Pampa a Mendoza tendientes a lograr un entendimiento chocaron siempre contra la cerrada intransigencia cuyana.-

De esa forma, una reunión informal primero, y una asamblea popular después, -a la que se sumaron la Asociación Alihuen⁴⁵ y la Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa como organizadoras-, llevada a cabo el 11 de agosto de 2.007⁴⁶ permitieron ver que había un camino que no se había transitado aún dentro de la larga serie de reclamos: una nueva presentación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación basada en la nueva normativa ambiental existente en el país luego de la reforma constitucional de 1.994, mencionada en el apartado anterior.-

⁴⁴ La “Fundación Chadileuvú” es una Organización Ambientalista No Gubernamental con sede en Santa Rosa que desde hace varios años viene luchando por la recuperación del Río Atuel.-

⁴⁵ La Asociación Civil “Alihuen” es una Organización Ambientalista No Gubernamental con sede en Santa Rosa (L.P.) fundada en 1.998 y con personería jurídica N° 1378.-

⁴⁶ Asamblea a la que asistieron representantes de distintos partidos políticos, asociaciones, fundaciones, secretarías, ONGs, cámaras, sindicatos, movimientos estudiantiles, cooperativas, U.N.L.Pam y un importante número de particulares. La misma tuvo por finalidad informar la decisión tomada de recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para terminar con el manejo unilateral y arbitrario que la provincia de Mendoza hace del Río Atuel -interprovincial- y que provocó y continúa provocando importantes daños ambientales en la provincia de La Pampa.-

Esta nueva presentación ante la Corte, surgió como consecuencia de una campaña llevada a cabo por las mencionadas ONGs, que apuntó a concientizar a toda la población pampeana sobre esta problemática y a obtener colaboración financiera de la ciudadanía y de los diversos niveles de gobierno (provincial y municipal).-

Finalmente y con el patrocinio legal del Dr. Andrés Gil Domínguez, se presentó a la Corte Suprema, con fecha 15 de noviembre de 2.007, un escrito reclamando el **cese del daño ambiental, que se garantice un caudal mínimo fluvio- ecológico** en la parte del Atuel que corre por territorio pampeano, y para que la Corte convoque a una mesa de diálogo entre Mendoza, La Pampa, el Defensor del Pueblo y la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación a los efectos de retomar las negociaciones entre las partes en búsqueda de una solución al litigio.-

De acuerdo a una nota publicada en Diario La Arena⁴⁷ el presidente de la Asociación Alihuen, Leandro Altolaguirre, al momento de explicar los motivos de la presentación dijo que **“No estamos haciendo un nuevo juicio, estamos apostando al diálogo** y a la resolución de un conflicto. La interrupción del Atuel generó un fraccionamiento de nuestro territorio, mas desierto, mas desolación, mas pobreza y pérdida de oportunidades”; y que “El daño pasa no solo por la pérdida de la diversidad biológica, es decir de la flora y de la fauna (sic) sino que también afecta a la parte económica...”. Como se observa, las palabras del dirigente reflejan la idea principal de mi trabajo de contemplar los dos grandes temas de este problema: la parte económica y la ambiental. Finalmente concluyó que “si se restituye el río, la población pampeana va a poder realizar sus actividades económicas, culturales y sociales en sus lugares, como corresponde”, ya que el corte produjo que “muchas gente del oeste tuviera que emigrar para formar barrios de emergencia en Gral. Alvear, Victorica, Gral. Acha, Gral. Pico y Santa Rosa”.-

Por su parte, el presidente de la Fundación Chadileuvú Alberto Golberg, precisó que la presentación “apunta a generar una reunión citada por la Corte Suprema entre las provincias en litigio, conjuntamente con el Defensor del Pueblo de la Nación y las terceras partes involucradas que son las organizaciones, para solucionar este diferendo que está relacionado con el daño ambiental”.-

A su turno, el abogado patrocinante Andrés Gil Domínguez dijo que lo que se solicita es la realización de una audiencia oral y pública entre todas las partes para establecer las

⁴⁷ Diario La Arena, Santa Rosa (L.P.) edición del viernes 16 de noviembre de 2.007, pag 11.-

acciones concretas a realizar a fin de hacer cesar “de forma inmediata” el daño ambiental colectivo generado en La Pampa –al estilo de la acción de cese a través del amparo prevista en la Ley 25.675-, y que este es un procedimiento similar al que llevó adelante la Corte en el caso por contaminación de los ríos Matanza- Riachuelo.-

Como vemos, al fin y al cabo lo que pretenden las ONG pampeanas con esta presentación no es ni más ni menos que Mendoza cumpla lo que se comprometió a hacer dieciocho años atrás al firmar el Protocolo de Entendimiento Interprovincial (P.E.I.). Recordemos que por medio de dicho acuerdo las partes se comprometían a iniciar formalmente “las tratativas tendientes a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel imbuidas del espíritu de un federalismo de coordinación (contrario al federalismo de oposición) superador de conflictos estériles entre Estados de una misma Nación...” y mas puntualmente en el punto 5) del P.E.I. se hacía mención al reestablecimiento *en lo inmediato* del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Río Atuel. Los años pasaron y las tratativas nunca llegaron a nada y por consiguiente nunca se reestableció un caudal permanente para La Pampa. Ahora, casi dos décadas después, se reclama lo mismo que antes, pero esta vez bajo la órbita del derecho ambiental.-

Como era de suponer, esta nueva presentación no cayó nada bien en el gobierno mendocino, quien a través de diversas declaraciones de su Fiscal de Estado y del Director de Irrigación rechazaron este planteo de La Pampa considerándolo inapropiado y erróneo; respecto al punto de vista de Mendoza sobre este tema, remito al Capítulo siguiente, en el que repasaré mas detenidamente la situación actual del problema.-

Por último, digamos que para saber si esta presentación prosperará o no habrá que esperar un tiempo, pero quise hacer mención a ella en este capítulo, porque puede significar un hito importante dentro de este largo problema, ya que hasta ahora nunca se había tenido en cuenta la cuestión del medio ambiente en el caso del Río Atuel.-

CAPITULO VII: EL CONFLICTO EN LA ACTUALIDAD: SIGUEN LAS DIFERENCIAS:

En este capítulo trataré de reflejar cual es el estado actual del conflicto, si bien algo ya adelanté cuando me referí a la nueva presentación hecha ante la Corte con fundamento en las nuevas normas ambientales. Para ello tendré en cuenta principalmente diversas

publicaciones periodísticas que servirán para percatarnos que aún falta un largo camino por recorrer hasta que las partes se pongan de acuerdo en encontrar una solución al problema del Atuel.-

En principio digamos que **el conflicto se encuentra por estos días en el mismo estado que años anteriores**; la falta de respuestas desde el gobierno mendocino a los reclamos pampeanos, el estancamiento de las relaciones bilaterales, y los frustrados intentos de reunión de la C.I.A.I. son meros ejemplos de un desencuentro que parece no tener fin. Las tibias y esporádicas iniciativas que cada tanto encienden una luz de esperanza, por una cosa u otra no llegan a concretarse (recordemos el caso de la reciente acta acuerdo firmada en 2.006 entre Mendoza, La Pampa y el Gobierno Nacional para la realización de obras de recuperación de caudales que permitan un excedente a ser compartido entre las partes) y por ese motivo ambas provincias nunca pudieron ni pueden ponerse de acuerdo para regular las aguas en forma compartida.-

Repasando un poco los acontecimientos mas recientes, vimos que en 2.007 comenzó a gestarse una nueva movilización en el seno de algunas entidades intermedias pampeanas, preocupadas por el estancamiento en que se encontraban las relaciones entre las dos provincias referidas a este tema. Al ver que durante tanto tiempo no se consiguió ningún resultado por medio de los reclamos tendientes a recuperar el curso de agua para emprendimientos productivos y a evitar los perjuicios económicos que la falta de escurrimientos causaba a los pobladores, esta vez las quejas se orientaron por otro camino: el del daño causado al medio ambiente, según quedó dicho.-

Además, desde el año 2.003 también se intentó desde el propio gobierno pampeano dar un nuevo impulso a la temática hídrica, por medio de acciones concretas tendientes a la organización y recuperación de los cursos de agua superficiales y subterráneos situados en su territorio; clara muestra de ello fue la creación de la Secretaría de Recursos Hídricos en la órbita del Poder Ejecutivo, como órgano especializado en este tema. Esto se complementa con una política descentralizadora llevada a cabo en los últimos cuatro años desde el ejecutivo provincial, que significó una apertura hacia los pueblos del interior, y especialmente, hacia el oeste pampeano: por ejemplo se puede mencionar la construcción de un frigorífico para ganado caprino y ovino en la localidad de Santa Isabel, o la construcción de la denominada “ruta de la cría” desde la ciudad de Victorica hacia el sur, para que los productores puedan sacar su producción sin problemas. Esto demuestra que se viene planificando desde hace tiempo la recuperación de las actividades productivas en la zona, pero para ello la política en materia hídrica es

fundamental en miras a lograr un caudal permanente del río Atuel que permita su sostenimiento. También se encuentra planificada una red de riego en la zona de Algarrobo del Aguila y Santa Isabel que abarcaría unas 7.000 hectáreas, para cuando se concreten las obras de recuperación de caudales⁴⁸ en territorio mendocino, que originen excedentes para La Pampa.-

Pero retomando la presentación hecha ante la Corte por distintas ONGs pampeanas a mediados de noviembre de 2.007, digamos que la postura de sus promotores es –repito-, en principio, la de lograr que se restituya un caudal mínimo fluvio- ecológico para poner límites al proceso de desertificación y salinización progresivos, y luego, si se concretan las obras proyectadas, para poner en producción algunas miles de hectáreas situadas a la vera del río; para ello se propone que nuestro máximo tribunal cite a las parte a reunirse para discutir los pasos a seguir.-

Toda esta “movida” –si se me permite la expresión- que se ha producido en la provincia de La Pampa, que ha reflatado los viejos reclamos sobre las aguas del Atuel -pero esta vez con una participación mas activa de la sociedad por intermedio de sus instituciones- no fue del agrado de las autoridades de la provincia cuyana.-

Así, el Dr. Pedro Sin, Fiscal de Estado mendocino⁴⁹, ante la nueva iniciativa pampeana dijo que “el reclamo que efectúa La Pampa por las aguas del Atuel es siempre el mismo” y que “las nuevas argumentaciones para reiniciar una demanda como es la cuestión del medio ambiente no son válidas; el tema ambiental está exactamente como ha estado hace veinte años” es decir en 1987 cuando se dictó el fallo del Atuel. Humildemente y con el respeto que me merece la investidura del señor Fiscal de Estado no comparto sus apreciaciones: primero, porque que el reclamo por las aguas del Atuel sea siempre el mismo, no por ello es menos legítimo. ¿cómo los pampeanos no van a reclamar el agua de un río que la Corte declaró interprovincial? Y esto sin tener en cuenta que esta vez el reclamo es por el deterioro de los ecosistemas y del ambiente en general, lo cual pone en duda aquello de que el reclamo sea “el mismo de siempre”. Y segundo, porque el hecho de que el ambiente esté en la misma situación que hace veinte años no puede significar un obstáculo para que la Corte se pronuncie ahora sobre este tema, ya que antes no lo hizo debido a que la actora en el juicio de 1.987 no reclamó por el daño ambiental. Además no existían en nuestro derecho normas ambientales con

⁴⁸ Obras detalladas en el Capítulo V referido a los Acuerdos entre La Pampa y Mendoza.-

⁴⁹ Fuente: página web del Diario “Uno” de Mendoza: www.diariouno.net.ar: nota de fecha 23 de agosto de 2.007 titulada “Ni una gota mas de agua para La Pampa”.-

rango constitucional en base a las cuales resolver el problema desde esta perspectiva, cosa que recién sucedió a partir de 1.994 como quedó expuesto en el capítulo anterior. - También sostuvo Sin que “Mendoza no puede mandar agua a La Pampa porque hay que cumplir la sentencia de la Corte”; y que “la Corte ya sentenció que Mendoza debe irrigar más de 75.000 hectáreas (y con una eficiencia de sus caudales de 28%) y ello está firme, está basado en cosa juzgada”. Luego continuó: “El agua es nuestra, están concedidos los derechos. Y esa es la realidad”. Agregó también que no es verdad que La Pampa haya ganado ese pleito en 1.987, tal como algunas entidades y el gobierno pampeano tratan de simular. “No han ganado nada. *Ellos querían la posesión de un río que no tenían*; esa es la realidad”, manifestó. Sin también opinó que el hecho de que la Corte haya reconocido que el Atuel es un río “interprovincial” no modificó la situación. “Hace 20 años que está la sentencia, que es muy clara, y hay que cumplirla” –apuntó-. “Ellos no quieren cumplirla. Hay muchos ríos que son interprovinciales e internacionales –continuó–, y *hay toda una doctrina internacional al respecto, pero eso no quita los derechos de Mendoza*”. (la cursiva me pertenece).-

Vemos entonces que, según estas declaraciones –y como lo remarqué al analizar el fallo de la Corte- Mendoza se vale del punto segundo de la sentencia para decir que el agua le pertenece y que La Pampa no quiere cumplir el fallo. Parece que el señor Fiscal de Estado olvida en este punto que Mendoza también se comprometió por medio del “Protocolo de Entendimiento Interprovincial” (P.E.I.) y del “Tratado del Atuel” ha negociar y restituir el caudal fluvio ecológico del río, cosa que nunca hizo; pero más allá de esto se puede observar que si La Pampa pretendía un río que *no tenía*, -como dice Sin- ello era así justamente porque Mendoza lo había cortado muchos años antes.-

Además, no se entiende aquello de que “la declaración de interprovincialidad del Atuel no modificó en nada la situación”: todo lo contrario, creo que la modificó sustancialmente, porque ello significa que desde el fallo de la Corte se trata de un recurso compartido entre las dos provincias y que Mendoza no puede manejarse unilateralmente como siempre lo hizo, por más derecho que tenga a regar sus 76.761 has; recordemos que por medio del “P.E.I.” de 1.989 el estado cuyano se comprometió junto con su vecina a desarrollar las acciones conjuntas tendientes a lograr una solución, imbuida de un “federalismo de concertación”.-

Por último, cuando el Fiscal mendocino reconoce que “hay toda una doctrina internacional al respecto” *pero que “eso no quita los derechos de Mendoza*”, está reconociendo implícitamente que las actitudes de su provincia no se avienen con las

modernas doctrinas existentes en el derecho internacional, que proponen una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de los cursos de agua compartidos, y que se fundamentan en principios de solidaridad, colaboración, consulta previa y buena vecindad.-

Dentro de este cruce de declaraciones la respuesta a los dichos del Fiscal de Estado mendocino no se hizo esperar. El abogado de la Fundación Chadileuvú, Ricardo Cheli⁵⁰, manifestó que “cuando la Corte dijo que el río era interprovincial, no puede suponerse que ese alto tribunal haya pensado en una mera declaración de interjurisdiccionalidad del río para que figure en los mapas, pero no para que corra agua” y que “Mendoza miente: no puede manejar el río como le plazca”, aunque puede observarse que si bien es cierto que el río es interprovincial, el hecho de que La Pampa haya reconocido en su demanda de 1.979 los usos “consuntivos efectivos y actuales” realizados en Mendoza, la condicionó al momento de la decisión de la Corte sobre el destino de las aguas, es decir, que sería legítimo el derecho de Mendoza a retener el agua para regar las mas de 75.000 has que le reconoció la Corte; si bien cabría preguntarse de que sirve que se haya declarado interprovincial al río si su cause va a seguir estando seco en La Pampa.-

Pero tratando de desvirtuar ese derecho de Mendoza a regar dentro del límite reconocido, el Dr. Cheli agregó “las declaraciones –del Fiscal de Estado- me parecen más una queja sin fundamento, puesto que el mismo pretende que la sentencia dictada por la Corte ha hecho cosa juzgada, y que es inmodificable lo allí resuelto eternamente. La Corte no resolvió en forma definitiva la cuestión dejándole 75 mil hectáreas a Mendoza para regar sino que resolvió que *Mendoza podía mantener los usos del agua en la medida que siguiera regando esa cantidad de hectáreas en forma efectiva*”, explicó, haciendo alusión a que en la actualidad la provincia cuyana no tiene esa cantidad de hectáreas bajo riego, sino veinte mil menos, o sea unas 56.000 has, entonces se produciría un ahorro en el uso del agua que Mendoza no tiene derecho a retener.- Para Cheli, la provincia vecina “está haciendo un abuso de lo que se dispuso en un momento en la sentencia”. Y además acusó que “sistemáticamente Mendoza se ha negado a cualquier tipo de acuerdo y pretende introducir una mentira, como es que tiene derechos irrevocablemente adquiridos como provincia de aguas arriba a manejar el río como le plazca”, y que “Mendoza no está cumpliendo la sentencia porque el tercer punto exhortaba a las partes a celebrar convenios, a los cuales Mendoza se ha negado”.-

⁵⁰ Fuente: pagina web del “Diario de La Pampa”: www.eldiariolp.com.ar: nota de fecha 25 de agosto de 2.007.-

Estas declaraciones reflejan lo que apuntaba antes de que, mientras Mendoza acusa a La Pampa de no cumplir la sentencia, La Pampa también acusa a Mendoza por lo mismo, pero en este caso en su punto 3ro que indica la celebración de convenios; se llega de esta forma a un “círculo vicioso” dentro del cual ambas provincias se hacen acusaciones mutuas, y claro, de esto nada bueno puede surgir para la resolución del conflicto.-

En la misma línea de desencuentros podemos mencionar los reiterados reclamos del hasta diciembre gobernador pampeano Carlos Verna a su par mendocino Julio Cobos, solicitando la reanudación del diálogo mediante la realización de reuniones a celebrarse en el seno de la C.I.A.I., del C.O.I.R.C.O. o donde fuera, sin ningún tipo de respuesta; desde la misma Secretaría de Recursos Hídricos de la provincia de La Pampa informaron que “no nos atienden ni el teléfono”, haciendo alusión a los infructuosos intentos de esa secretaría por contactarse con sus colegas cuyanos; además, el Diario La Arena⁵¹, da cuenta que, siempre por renuencia de Mendoza, durante todo el transcurso del año pasado la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.) no se reunió en ninguna oportunidad.-

Pero eso no es todo: es llamativo como las diferencias entre una provincia y otra también se ponen de manifiesto a través de la prensa: luego de seguir las distintas publicaciones sobre el tema en diarios de Mendoza y La Pampa en los últimos meses, se concluye que las sociedades pampeana y mendocina tienen visiones totalmente diferentes de la situación: unos dicen tener derechos adquiridos sobre las aguas para el sostenimiento de una economía que ha beneficiado no solo a Mendoza sino a todo el país, rechazando por lo tanto cualquier intento de La Pampa de compartir algo que según ellos les pertenece en exclusividad; otros replican que la naturaleza quiso que el río se extendiera por ambas provincias y que la mano del hombre no puede arbitrariamente modificar esa situación en perjuicio de las tierras situadas aguas abajo; en fin, se trata de percepciones totalmente distintas de la realidad que han desencadenado visiones, posturas y “modos de pensar” diferentes y encontradas a lo largo de varias generaciones.-

Así están las cosas por estos días; lamentablemente siguen las opiniones encontradas que a su vez sostienen políticas que se alejan cada vez más del consenso, y como consecuencia, la obtención de una solución que conforme a ambas provincias parece lejana a corto plazo.-

⁵¹ Edición del 31 de diciembre de 2.007, pag 34.-

CAPITULO VIII: ENTREVISTA AL SEÑOR DIRECTOR DE INVESTIGACIONES HIDRICAS DE LA SECRETARIA DE RECURSOS HIDRICOS DEL GOBIERNO DE LA PAMPA

Para tratar de aclarar un poco el panorama actual de esta engorrosa situación, me dirigí personalmente a la Secretaría de Recursos Hídricos del Gobierno de La Pampa, con fecha 19 de diciembre de 2.007 siendo recibido por el Director de Investigaciones Hídricas Ing. Raúl Hernández.-

Consultado sobre el estado actual de las negociaciones –si es que existían- entre ambas provincias, el funcionario comentó que el Acta Acuerdo celebrado en 2.006⁵² es el proyecto que en la actualidad alberga las mayores expectativas de arribar a una solución, aunque hasta ahora no se hayan empezado las obras.-

Dijo que la propuesta surgió desde el gobierno de La Pampa, con motivo de una deuda que mantenía la Nación con ambas provincias en concepto de regalías por el complejo Los Nihuales. Esas regalías no serían reclamadas por las partes si Nación se comprometía a aportar recursos para la realización de una serie de obras destinadas a la recuperación de caudales en la cuenca media del Atuel (en cuanto al detalle de las obras a realizar, remito al capítulo referido a los “Acuerdos entre La Pampa y Mendoza”). Pero no obstante haberse firmado el acta en 2.006, la reunión entre los gobernadores para la suscripción de la misma a fin de dar comienzo a los trabajos, nunca se llevó a cabo, por eso se encuentra estancado el proyecto, sostuvo el Ingeniero.-

Ante esta situación Hernández expuso que La Pampa tiene una estrategia a desarrollar en el seno del Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (C.O.I.R.C.O.) ya que Mendoza tiene pensado trasvasar aguas del Río Grande (uno de los afluentes del Río Colorado) al Atuel mediante la realización de obras en Portezuelo del Viento, y de esa forma potenciar su sistema productivo. Lo que se estableció en el seno del C.O.I.R.C.O. –continuó Hernández- es que Mendoza tiene derecho a utilizar 34 m³/seg de las aguas del Grande; este caudal es el que quiere volcar al Atuel, pero para ello necesita la conformidad de las cinco provincias que integran la cuenca del Colorado; entonces la posición de La Pampa es no dar su autorización a la realización de estas obras hasta que no se llegue a un acuerdo con la provincia de Mendoza por las aguas del Atuel.-

⁵² Ver Capítulo V “Acuerdos entre La Pampa y Mendoza”.-

Puntualmente lo que La Pampa pretende es que se avance en la suscripción de ese Acta Acuerdo que contempla la realización de obras en conjunto entre ambas provincias con el aporte de fondos nacionales, dijo Hernández. Por último concluyó que si se hicieran las obras, una vez que llegue el agua al oeste pampeano por medio del canal proyectado desde Carmensa hasta La Puntilla, La Pampa tiene planeada una red de riego para proyectos productivos en la zona de Santa Isabel que abarcaría entre 7.000 y 8.000 hectáreas.-

De todos modos y a pesar de lo que el Ing. Hernández manifestaba en diciembre pasado cabe aclarar que parece ser que el nuevo gobernador pampeano Oscar Mario Jorge tiene planeada otra estrategia. Según una nota de redacción del matutino La Arena⁵³ “pierde fuerza en el gobierno pampeano la posibilidad de compartir el financiamiento de obras con Mendoza para un mejor aprovechamiento del Atuel, ya que el nuevo mandatario cree que no sería lo adecuado para nuestra provincia debido a que se tendría que invertir una suma millonaria para obtener una mínima cantidad de agua. Así el nuevo gobernador se separa del rumbo que había dado a este tema su antecesor Carlos Verna. Por lo tanto la nueva estrategia de La Pampa –siempre según la fuente citada- sería **buscar el apoyo de Buenos Aires en el seno del C.O.I.R.C.O.** y poner condiciones a los cuyanos a la hora de analizar el trasvase del Río Grande al Atuel, que recordemos, es una obra que piensa realizar Mendoza por su cuenta, pero para ello necesita la conformidad de La Pampa como integrante de la cuenca del Colorado. Lo que se intuye entonces, es que La Pampa solo autorizaría la realización de esos trabajos en Portezuelo del Viento si a cambio Mendoza se compromete a mandar agua del Atuel a su territorio.-

Vemos de esta forma que este es un tema muy actual, donde los planteos van cambiando permanentemente de rumbo, y se manejan continuamente nuevas alternativas a medida que van quedando otras en el camino. Solo el tiempo dirá si la estrategia del nuevo gobernador correrá la misma suerte que todas las que la han precedido.-

CAPITULO IX: LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN AL PROBLEMA DEL ATUEL:

⁵³ Edición del 31 de enero de 2.008, pag. 11.-

A esta altura del trabajo y una vez estudiado en profundidad este tema -mediante una descripción detallada de la cuenca y sus usos, de los problemas que ocasionó a La Pampa el corte del río por parte de Mendoza, de haber desarrollado con detalle el fallo de la Corte, como asimismo de haber visto los problemas económicos, sociales y ambientales que se desencadenaron y de repasar la situación actual del problema- como paso previo a las conclusiones finales volveré (como anticipé al principio del trabajo) a retomar aquellos principios internacionales que vimos en el Capítulo III tratando de relacionarlos a la cuestión del Atuel, ya que como dijo la Corte en el fallo de 1.987 **“estos principios son aplicables por directa analogía a los cursos de agua interprovinciales”**.-

Habíamos visto que respecto de un curso de agua interjurisdiccional un Estado podía adoptar dos actitudes diferentes al momento de proceder a su aprovechamiento:

- a) Hacer los usos que quiera sobre el curso de agua que corre por su territorio, sin importar las consecuencias que ocasione esa conducta en los demás estados, -teoría conocida como Doctrina Harmon-; y
- b) Usar y disponer del recurso pero teniendo en cuenta las necesidades de los demás Estados por los que corre el río, sin realizar un uso abusivo o perjudicial, es decir, contemplando el carácter compartido del recurso; esta es la llamada “Tesis Pluralista o limitada de la soberanía”.-

Como decía Guillermo Cano, si bien la primera de las teorías ya no se corresponde con los modernos principios vigentes en la actualidad sobre el manejo de ríos compartidos, ha quedado absolutamente comprobado a lo largo de este trabajo que **la Provincia de Mendoza continúa aferrada a la vieja Doctrina Harmon**, según la cual puede hacer lo que quiera con las aguas sin reparar en los perjuicios que tal conducta ocasione a la Provincia situada aguas abajo, en este caso La Pampa. Ello queda evidenciado a través de los años mediante el desarrollo de una extensa red de riego y de la construcción de embalses para aprovechamiento energético y de otras obras (recordemos que actualmente se está construyendo el canal marginal del Atuel desde San Rafael a General Alvear exclusivamente por cuenta de la provincia cuyana) que han sido realizadas sin la más mínima preocupación sobre los perjuicios que se podían ocasionar a los pobladores y al medio ambiente de la cuenca inferior. Como analizamos antes, si bien es cierto que luego del fallo de la Corte Mendoza tiene derecho a regar 76.761 Has debido a aquel famoso reconocimiento pampeano de todos los usos efectivos consuntivos actuales, no es menos cierto que en la actualidad no se están regando esa

cantidad de hectáreas, como lo hacía notar el abogado de la Fundación Chadiluevú Ricardo Cheli, sino unas 20.000 hectáreas menos, lo cual ha sido confirmado por el propio Director de Investigaciones Hídricas de La Pampa. Siendo así, no parece lógico que la Provincia situada aguas arriba se “reserve el agua” hasta poder regar aquella superficie mientras en el oeste pampeano se sigue penando por unos pocos m³/seg aunque sea para bebida de poblaciones y ganado. Recordemos que las Reglas de Helsinki prohíben que un estado “preserve para usos futuros el aprovechamiento de las aguas negando el uso actual a otros estados ribereños”.-

Para confirmar que la provincia cuyana se enrola en la Doctrina Harmon, recordábamos que hace muy poco tiempo el propio Fiscal de Estado mendocino reconocía que existe “toda una doctrina internacional en la materia, pero que eso no quitaba los derechos de Mendoza”, sin dar explicación ni fundamento alguno sobre esta tan particular forma de manejar el recurso. De sus palabras se infiere que el agua le pertenece a Mendoza en forma exclusiva y que no importan las doctrinas, teorías y principios -receptados en diversas declaraciones y resoluciones internacionales- que existen en la actualidad sobre los usos compartidos que debe hacerse sobre recursos que son interjurisdiccionales: Mendoza hace el uso que desee del agua y punto, en contradicción con los actuales principios internacionales, y mas grave aún, con lo que ella misma se comprometió en los acuerdos que firmó con La Pampa (el P.E.I. de 1.989 y el Tratado del Atuel de 1.992).-

También habíamos repasado la distinción que hace la doctrina entre **usos consuntivos y no consuntivos**; y que en caso de usos consuntivos, que es aquel mediante el cual se produce un consumo o gasto del agua, es necesario que el Estado integrante de una cuenca internacional realice la pertinente **consulta** y obtenga el consentimiento de los demás Estados de la cuenca para evitar ocasionarles perjuicios: pues bien, en nuestro caso se observa una actitud de parte de la provincia arribeña totalmente violatoria de este **principio de consulta**, porque si bien el hecho de utilizar el agua para riego constituye claramente un uso consuntivo, jamás ha realizado consulta alguna al otro estado integrante de la cuenca al momento de esos aprovechamientos, ni siquiera después de constituida la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior donde se suponía que iba a ser al ámbito adecuado para tratar estas cuestiones relativas al manejo del recurso. Sin embargo, las reuniones de la C.I.A.I. son permanentemente “esquivadas” por Mendoza.-

Evidentemente no se hizo eco la provincia cuyana que hay formas de manejar los recursos naturales compartidos que han evolucionado y que **en la actualidad, ya no se puede esgrimir el principio de soberanía absoluta** para justificar todo tipo de abusos en los aprovechamientos. Al contrario, hay principios consolidados en la costumbre internacional y que han surgido, como vimos, de diferentes declaraciones, resoluciones y conferencias que deberían ser respetados, para no avasallar los derechos que tienen todos los Estados POR IGUAL de disfrutar y aprovechar de sus recursos naturales en armonía con las necesidades e intereses de los demás.-

A continuación serán mencionados algunas de esas declaraciones, resoluciones y conferencias para seguir repasando si los principios que ellas consagran son respetados en la problemática del Atuel.-

a) Respecto a la **Declaración de Madrid de 1.911** veíamos en el Capítulo III que la misma estableció que “cuando un curso de agua atraviesa sucesivamente los territorios de dos o más Estados... el punto en que ese curso de agua atraviesa la frontera no podrá ser alterado por obras realizadas por uno de los Estados sin el consentimiento del otro Estado... y que no será lícito sustraer por medio de obras una cantidad de agua tal que la constitución, o en otros términos, el carácter aprovechable o esencial del curso de agua al entrar al territorio inferior, se encuentre modificada seriamente”. Respecto al Río Atuel, luego del fallo de la Corte que declaró su interprovincialidad, ya no caben dudas de que el curso de agua atraviesa el territorio de ambas provincias por lo tanto la inobservancia flagrante de las recomendaciones que acabo de mencionar por parte de la Provincia de Mendoza eximen de mayores comentarios.-

b) En cuanto a la **Resolución de Salzburgo de 1.961** repasamos que “la obligación de no perjudicar ilegítimamente a otro, es uno de los principios fundamentales que rigen las aguas”. Sería redundante volver a mencionar aquí todos los perjuicios ocasionados a los pobladores, la economía y ecosistemas del oeste pampeano en los últimos cincuenta años como consecuencia del corte del Río Atuel por parte de Mendoza. En el Capítulo II (“Los problemas entre Mendoza y La Pampa”) se pusieron de manifiesto las innumerables pérdidas económicas sufridas en la región consistente en: mortandad de hacienda, falta de pasturas, imposibilidad de encarar emprendimientos bajo riego, etc; sin dejar de mencionar los problemas sociales que también se generaron como resultado de que muchas familias se vieron obligadas a abandonar su terruño para terminar ocupando villas de emergencia en distintas ciudades. Y en el Capítulo VI quedó demostrado otro perjuicio tan importante como los anteriores: el deterioro al medio

ambiente que significó que una zona que antes era rica en flora, fauna, agua, leña, recursos ictícolas, etc, se convirtiera en un ominoso desierto.-

También esta Resolución de Salzburgo contiene un principio muy importante: el del **aviso previo** que debe darse a los Estados interesados antes de la realización de trabajos o la utilización del agua. En este punto ya vimos que Mendoza no respeta esta premisa no solo cuando utiliza el agua para riego, sino también al momento de la realización de obras en la cuenca: por ejemplo está construyendo un canal marginal al río por su exclusiva cuenta sin que se tratara el tema en el seno de la C.I.A.I.. Además recordemos el caso de las inundaciones que producen en el oeste pampeano las esporádicas y repentinas sueltas de agua de los diques mendocinos (cuando sobra el recurso) sin siquiera alertar a los pobladores situados aguas abajo de tan inminente peligro, en una actitud que ya he criticado por su despiadado desinterés. En años que el agua escasea no se deja correr una gota de agua por La Pampa, en cambio cuando sobra y los diques mendocinos están a punto de desbordar, sueltan todo junto provocando un desastre: esta intolerable e increíble situación es obvio que no puede continuar.-

c) Por su parte la **Séptima Conferencia Internacional Americana de Montevideo de 1.933** también recepta los elementales principios de no perjudicar a los demás y de la consulta y aviso previos, por lo tanto todo lo dicho respecto a las violaciones por parte de Mendoza a los mismos cuando comenté la Resolución de Salzburgo cabe ser reproducido en este punto.-

d) Otra manifestación en contra del principio de soberanía absoluta en materia de recursos naturales compartidos la encontrábamos en el **Tratado de la Cuenca del Plata** que si bien contempla un nuevo uso para las aguas de esa cuenca como es el hidroeléctrico, contiene importantes pautas a seguir como por ejemplo “promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable”, y mas adelante expresa que “se promoverá... la formulación de entendimientos para... la utilización racional del recurso agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo, la preservación y el fomento de la vida animal y vegetal, etc”. Se observa que palabras más, palabras menos, estas menciones del Tratado de la Cuenca del Plata son las mismas que contiene el Protocolo de Entendimiento Interprovincial firmado entre La Pampa y Mendoza cuando dispone que se llevarán a cabo en el ámbito de la C.I.A.I. acciones para promover el desarrollo integral de la cuenca del Atuel

inferior en materia de educación, salud, cultura y vivienda⁵⁴ y para la recuperación y protección del sistema ecológico. Ya sabemos la suerte que corrieron los objetivos que se había propuesto la C.I.A.I., por eso no resulta difícil imaginar que tampoco se ha respetado en nuestro caso el principio de aprovechamiento múltiple y equitativo, sino todo lo contrario: el uso de las aguas se realiza en forma unilateral por parte del estado cuyano y hasta agotar la totalidad de la oferta hídrica del río, por consiguiente ese aprovechamiento de equitativo no tiene nada.-

d) Por supuesto que no se pueden dejar de mencionar aquí las **Reglas de Helsinki** de la Internacional Law Assotiation. Vimos que su artículo 4 establece que “Cada Estado dentro de los límites de su territorio, tiene derecho a una **participación razonable y equitativa** en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional”. Trasladando esta idea se puede decir que la Provincia de La Pampa tiene el mismo derecho que su vecina a utilizar las aguas de la cuenca interprovincial del Río Atuel para usos beneficiosos para su economía y medio ambiente.-

Además según estas Reglas no se contemplan preferencias de uso, y se prohíbe que un estado preserve para usos futuros el aprovechamiento de las aguas negando el uso actual a otros estados ribereños. Esto último es muy importante en el caso del Atuel, porque según quedó dicho Mendoza en la actualidad no está regando la cantidad de hectáreas que le reconoció la Corte en el fallo sino muchas menos (unas 56.000), entonces le estaría vedado reservar, como lo hace, el agua en sus diques para usos futuros (es decir hasta alcanzar nuevamente esas 76.761 has reconocidas en el fallo) negando un uso actual a La Pampa.-

e) Por último, recordemos que la **Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano**, introduce el concepto de recursos compartidos y que su principio 21 establece que “...los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y **la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados...**” Al respecto cabe decir que este trascendental principio en materia ambiental aplicado al ámbito interprovincial tampoco es respetado por la Provincia de Mendoza, ya que las actividades llevadas a cabo en sus zonas de regadío mediante la utilización de los recursos hídricos del Atuel han

⁵⁴ Art. 1 del Protocolo de Entendimiento Interprovincial entre La Pampa y Mendoza.-

producido un vaciamiento del río en su curso inferior que ha originado los graves problemas ambientales del oeste pampeano, según describimos en el Capítulo VI.-

Así, luego de repasar las principales corrientes doctrinarias y principios contenidos en declaraciones, resoluciones y conferencias internacionales y haberlos aplicado al caso del Atuel, podemos concluir que ninguna de las tendencias actuales sobre el manejo de recursos hídricos interjurisdiccionales han sido receptadas por Mendoza al momento de utilizar las aguas del río; al contrario, sus prácticas consisten en un aprovechamiento unilateral, inconsulto y despreocupado por los perjuicios que pueda causar a la Provincia de La Pampa.-

Será necesario que la vieja doctrina “Harmon”, a la que sin dudas adhiere la provincia cuyana, vaya dejando paso a formas y prácticas más equitativas y razonables en la regulación del uso de las aguas, que al mismo tiempo contemplen la verdadera naturaleza de los recursos hídricos del Atuel, es decir, su carácter de compartidos. Solo una vez que esto ocurra será factible encontrar caminos de diálogo entre las partes que permitan lograr un acuerdo provechoso para ambas provincias. De lo contrario no habrá negociación posible.-

CONCLUSIONES FINALES:

Luego de haber abordado en profundidad mi objeto de estudio, es decir el manejo y aprovechamiento unilateral de las aguas del Río Atuel y su utilización inequitativa a la luz de los modernos principios internacionales existentes en la materia cuando nos encontramos en presencia de recursos hídricos compartidos, se puede concluir que resulta necesario que de una buena vez por todas las autoridades de la provincia de La Pampa y de Mendoza se planteen seriamente la posibilidad de poner fin al litigio.-

Ya no solo están en juego los intereses económicos del oeste pampeano, sino también, tras décadas y décadas de desencuentros, la cuestión del medio ambiente, que si bien ya nunca podrá recuperarse en su totalidad, al menos podrá mejorarse en parte para que los “Bañados del Atuel” no se extingan totalmente, y con ellos, decenas de especies de flora y fauna autóctona desaparezcan.-

Al respecto, ya observamos que desde hace unos años existe en nuestro país toda una nueva normativa ambiental a nivel constitucional y legal que exigen por parte de los Estados Nacional y Provincial proveer especialmente a la protección de un “ambiente sano y equilibrado” para el disfrute de las generaciones presentes y futuras. Es de

esperar que respetando en el futuro dicha normativa se puedan establecer los caminos de diálogo necesarios para solucionar el problema ambiental. Una buena alternativa de encauzar ese diálogo entre La Pampa y Mendoza podría ser mediante el Sistema Federal Ambiental creado por la Ley 25.675 y a partir de allí instar a las partes mediante recomendaciones o resoluciones dictadas en el seno del **CONSEJO FEDERAL DE MEDIO AMBIENTE (COFEMA)** a reunirse y discutir de que manera se pueden lograr la vigencia práctica de los principios ambientales que hemos visto en la cuenca baja del Atuel. Así también se atiende a ese “**federalismo de concertación**” del que nos habla el maestro Pedro Frías, mediante la voluntad concurrente de la Nación y las Provincias a través de sus autoridades, para resolver mediante acuerdos y tratados interprovinciales con participación de la Nación, los diversos problemas de toda índole que se presenten, que se expresan en Consejos Federales en distintos temas, en nuestro caso, el COFEMA.-

Como conclusión **considero que los acuerdos entre las provincias involucradas deberían ser los instrumentos adecuados por medio de los cuales se puedan regular los usos compartidos de las aguas en pos de llegar a una solución**, ya que como establece la Constitución Nacional los recursos naturales son del dominio originario de las provincias y que mejor que sean ellas directamente las que arreglen los usos de los recursos que les pertenecen en forma conjunta.-

Por otra parte, ya ha quedado demostrado que haber acudido a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver el litigio no ha proporcionado ningún resultado práctico debido a que, no obstante haberse declarado la interprovincialidad del río, ello no se tradujo en un caudal estable y permanente para La Pampa, sino todo lo contrario, ya que Mendoza se vale del mismo fallo para no dejar pasar una gota de agua. Además recordemos que la misma Corte exhorta a las partes a negociar entre ellas para llegar a un acuerdo.-

Pero el camino de solucionar la cuestión a través de acuerdos entre las provincias plantea algunos interrogantes ¿Qué pasará si una de ellas, en este caso Mendoza, se niega sistemáticamente a sentarse a discutir los futuros usos del río? ¿Qué alternativa le queda a La Pampa si como en todos estos años no es posible acercarse a su vecina ante su cerrada e inmutable posición? ¿Cómo obligar a un estado provincial a cumplir la normativa ambiental que el mismo está violando?

Estos difíciles interrogantes creo que serán difíciles de responder hasta tanto no exista la voluntad política necesaria para cambiar el actual estado de cosas: si los principios

internacionales que estudiamos constituyen meras recomendaciones sin poder coercitivo, y si la propia Corte dijo que en estos casos de conflictos entre provincias el tribunal no ejercita su competencia de “juzgar” en el sentido de dar a cada uno lo suyo sino mas bien acercar a las partes para que sean ellas mismas las que arreglen sus diferendos, lo único que resta es que las autoridades del gobierno mendocino asuman su responsabilidad y tengan la voluntad política necesaria para sentarse a debatir un acuerdo serio y definitivo.-

Si esto sucede, creo que la concreción de obras de recuperación de caudales que redunden en beneficio de ambas provincias es el camino adecuado para evitar tanto derroche del recurso y que al mismo tiempo permita originar excedentes a ser compartidos. El Acta Acuerdo de 2.006 que mencioné repetidas veces se presenta como una buena alternativa de solución, ya que conjuga los esfuerzos de La Pampa y Mendoza junto al apoyo del Gobierno Nacional para la concreción de las citadas obras. No comparto en cambio el giro que pretende darle el nuevo gobierno pampeano al asunto a través de buscar en el seno del COIRCO el apoyo de Buenos Aires para negar a Mendoza la realización de obras en su territorio hasta tanto se arregle el tema del Atuel: ello configuraría una suerte de actitud extorsiva que en nada ayudará en la búsqueda de acercamientos con Mendoza.-

Pero como ya adelanté, para la concreción de una solución es necesaria **la existencia de voluntad política de AMBAS partes**, caso contrario cualquier propuesta que surja estará condenada al fracaso.-

Personalmente creo que ese es el camino: el de la negociación mediante la existencia de voluntad política. Repito que los antecedentes del problema hacen que debamos ser cautos y apenas moderadamente optimistas. Pero como siempre ocurre cada nuevo cambio de autoridades, los pampeanos albergamos la tibia esperanza de que la nueva administración mendocina sea más permeable y se muestre mas decidida al diálogo. Pero no para firmar protocolos o tratados con bonitas palabras y promesas a futuro, sino para arribar a acciones concretas que pongan en marcha las obras necesarias para manejar adecuadamente el recurso. Porque una cosa es clara: **sin obras de recuperación de caudales que generen excedentes nunca habrá agua en forma permanente para La Pampa.-**

Con estas palabras arribo al final de mi trabajo. Como dije al principio, los recursos – escasos- que nos brinda la naturaleza deben ser armoniosamente compartidos y preservados entre todos para que podamos disfrutarlos de la mejor manera, al tiempo

que conservarlos para las generaciones futuras. El caso del Atuel plantea ese desafío. Ojala nuestras autoridades estén a altura de las circunstancias y se haga realidad el viejo anhelo de los pampeanos: que el río corra por nuestro territorio para beneficio del medio ambiente y de los pobladores por igual.-