

1 **PRESENTA AMICUS CURIAE.**

2 Excma. Corte Suprema:

3 **JUAN VICENTE SOLA**, Abogado CS XXIV F 268 Tomo 61 Folio 468  
4 C.P.A.C.F., Director del **CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO Y ECONOMIA DE LA**  
5 **FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**, con el patrocinio  
6 letrado de la Dra. **MARÍA LORENA GONZÁLEZ TOCCI**, Abogada, Tomo 66 Folio 190  
7 C.P.A.C.F., y del Dr. **PEDRO A. CAMINOS**, T° 54 F° 234 C.P.A.C.F., constituyendo  
8 domicilio legal en la Avenida Figueroa Alcorta 2263 Piso 1° y domicilio electrónico  
9 20085213203, en los autos caratulados: “**LA PAMPA, PROVINCIA DE**  
10 **c/MENDOZA, PROVINCIA DE s/USO DE AGUAS**” (Expte. N° 243/2014) ante V.E.  
11 me presento y respetuosamente digo:

12 **I.- OBJETO.**

13 El Centro se presenta en estos actuados como *amicus curiae*, y cumpliendo  
14 con lo dispuesto por el art. 1 de la Acordada N° 7/13, manifiesta que no tiene interés  
15 personal en la solución de este caso ni ha recibido beneficio alguno de las partes.

16 **II.-PRESENTACIÓN DEL AMICUS CURIAE.**

17 **1.- Breve reseña de los antecedentes de la causa**

18 La Provincia de La Pampa demanda a la Provincia de Mendoza, en los  
19 términos del art. 127 de la Constitución Nacional, a fin de que se declare el  
20 incumplimiento de la demandada de diversas obligaciones vinculadas con la regulación  
21 de los usos del río Atuel, y se le prohíba efectuar cualquier tipo de acción u obra sobre el  
22 referido río y sus afluentes que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua  
23 que debe llegar a la Provincia de La Pampa. En su respuesta, la Provincia de Mendoza  
24 planteó la excepción de cosa juzgada, por considerar que la pretensión de la Provincia de  
25 La Pampa no es mas que un replanteo de lo ya resuelto en la sentencia de V.E. dictada el  
26 8 de diciembre de 1987, publicada en Fallos 310:2478, destacando que ha cumplido con

1 las obligaciones emergentes de esa sentencia así como respecto de los acuerdos  
2 posteriores celebrados por ambas provincias. En lo que refiere al daño ambiental  
3 denunciado en esta oportunidad procesal, la Provincia de Mendoza afirma que no le cabe  
4 responsabilidad alguna por el estado ambiental actual del territorio pampeano, sino que  
5 ese escenario se derivaría de las omisiones en materia de políticas públicas en las que  
6 habrían incurrido la Provincia de La Pampa y el Estado Nacional

## 7 **2.- Los dilemas esta causa.**

8 El objetivo del presente memorial será el de reconstruir la pretensión de la  
9 Provincia de la Pampa, utilizando conceptos del análisis económico del derecho. Luego,  
10 a través de diversas herramientas, sugeriremos qué aspectos de la prueba a producirse en  
11 la causa deberá tener en cuenta la Corte Suprema para resolver el caso. Guiará esta  
12 presentación la idea que la asignación de derechos debe estar fundada en un análisis de  
13 costo-beneficio, con el fin de producir las mejores consecuencias posibles en términos de  
14 bienestar general.

15 Corresponde para ello analizar. 1. Si el río Atuel es una vía de agua que  
16 permite por su caudal en toda su extensión usos diferentes a la navegación. 2. Si se trata  
17 de un río interjurisdiccional. 3. Si permite la organización de la cuenca. 4. Existe una  
18 solución al posible conflicto entre desarrollo económico y protección del medio ambiente.

19 En 1987, V.E. estableció que las disposiciones del Código Civil son  
20 inaplicables en un litigio de carácter interprovincial e **hizo uso de las reglas y principios**  
21 **del derecho internacional público relativos a la materia**, y así, resolvió: “3.) *Exhortar*  
22 *a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa*  
23 *en los usos futuros de las aguas del Rio Atuel, sobre la base de los principios generales*  
24 *y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.*” Para

25 determinar que constituye un uso equitativo y razonable, V.E. apeló a los principios  
26 mencionados en la reunión del International Law Association, celebrada en Dubrovnik,

1 Yugoslavia en 1956; junto con las Reglas de Helsinki (art. VII). También afirmó que la  
2 armonización de los derechos respectivos una distribución equitativa, necesita para su  
3 efectiva realización de la cooperación de buena fe de los Estados cursos de agua”, y señaló  
4 que esta postura fue expresada por: a) el relator especial de la CDI en el Tercer Informe  
5 sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacional para Fines Distintos  
6 de la Navegación, b) el Tribunal Arbitral en el asunto del Lago Lanoux; c) la Corte  
7 Internacional de Justicia en los casos de la “Plataforma Continental del Mar del norte”  
8 (República Federal de Alemania v. Países Bajos y República Federal de Alemania v.  
9 Dinamarca) (ICJ Reports 1969, fallo del 20 de febrero de 1969) y, en el “Caso de la  
10 Competencia en materia de Pesquerías” (Reino Unido v. Islandia – fondo) (ICJ Reports,  
11 1974, fallo del 25 de julio de 1974). Como conclusión V.E. indicó que “*los*  
12 *razonamientos precedentes llevan al Tribunal a la convicción de que para resolver la*  
13 *presente causa en el aspecto referente a la utilización de las aguas del rio Atuel es*  
14 *menester tomar en consideración las normas que puedan ser asumidas como costumbre*  
15 *en el derecho internacional, los principios vertidos en diversas convenciones,*  
16 *resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de*  
17 *la comunidad internacional y los propios criterios de nuestro país, reflejados*  
18 *normativamente, en cuanto presuponen el carácter del recurso natural compartido de los*  
19 *cursos de agua internacionales u afirman el concepto de una participación equitativa y*  
20 *razonable”* Y agregó que “*estos principios, aplicables por directa analogía a los cursos*  
21 *de agua interprovinciales, deben ser conformados con las características que presenta*  
22 *en concreto el caso sub examine, sin excluir sus circunstancias procesales.* Resta aclarar  
23 que, sobre estas bases, ambas provincias celebraron una serie de acuerdos, sin éxito  
24 alguno, como se describen el dictamen de la procuradora del 7 de junio de 2016.

1 **3.- El caso del “Proyecto Gabčíkovo- Nagymaros y la conciliación del desarrollo**  
2 **sustentable y la protección del medio ambiente, en una sentencia de la Corte**  
3 **Internacional de Justicia.**

4 Con posterioridad al dictado de la sentencia de 1987, fue aprobada la  
5 Convención de la Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua  
6 Internacionales para fines distintos a la navegación (aprobada el 21 de mayo de 1997, como  
7 anexo de la resolución 51/229 de la Asamblea General), instrumento que fue aplicado en la  
8 resolución del caso “Proyecto Gabčíkovo- Nagymaros”, en donde se presentaron los  
9 dilemas señalados, y frente a los cuales, la Corte Internacional diseñó una solución para  
10 conciliar la protección de medio ambiente con el desarrollo económico sustentable, a  
11 partir del principio de participación equitativa, descrito en el art 5 de esa convención,  
12 que determina que los Estados “*participarán en el uso, aprovechamiento y protección de*  
13 *un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable*”. Existen  
14 diferencias evidentes entre la Cuenca del Danubio y la Cuenca del Río Atuel, pero este  
15 caso es relevante en la búsqueda de una solución frente al conflicto que se presenta en  
16 esta causa ya que allí, la Corte Internacional de Justicia se enfrentó directamente y por  
17 primera vez con el tema del equilibrio entre la protección al medio ambiente y la  
18 necesidad del desarrollo económico. En 1997, al decidir el Caso Gabčíkovo-Nagymaros,  
19 entre Hungría y Eslovaquia. (sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia el 25 de  
20 septiembre de 1997 y ver también SOLA, Juan Vicente, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo  
21 IV, La Ley, 2009, 1º edición, páginas 388-401). El 25  
22 de septiembre de 1997 la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia, y basó su  
23 decisión en el derecho de los tratados y en el derecho de cursos de aguas internacionales.  
24 Así, la Corte consideró que Hungría no tenía derecho a suspender y posteriormente a  
25 abandonar en 1989 su parte de las obras del proyecto de presa, según lo dispuesto por el  
26 tratado firmado en 1977 por Hungría y Checoslovaquia y en los instrumentos conexos.

1 Además, entendió que Checoslovaquia tenía derecho a comenzar en noviembre de 1991  
2 la preparación de una solución provisional alternativa (denominada “Variante C”), pero  
3 no aplicar esa solución en octubre de 1992 en calidad de medida unilateral; destacando  
4 que la notificación cursada el 19 de mayo de 1992 por Hungría referida a la rescisión del  
5 Tratado de 1977 y los instrumentos conexos, no sirvió para rescindirlos legalmente, y por  
6 ello debe entenderse que los mismos siguen vigentes y rigen las relaciones entre las  
7 partes, debiendo considerarse a su vez que Eslovaquia, en su calidad de sucesora de  
8 Checoslovaquia, pasó a ser parte en el Tratado de 1977. En cuanto a la futura conducta  
9 de las partes, la Corte consideró que Hungría y Eslovaquia habían negociado de buena fe  
10 a la luz de la situación existente y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la  
11 consecución de los objetivos del Tratado de 1977, que, a menos que las partes decidieran  
12 otra cosa, *era necesario establecer un régimen de funcionamiento conjunto de la presa*  
13 *en el territorio eslovaco de conformidad con el Tratado de 1977; que cada parte había*  
14 *de compensar a la otra por los daños causados por su conducta; y que las cuentas de la*  
15 *construcción y el funcionamiento de las obras había de saldarse de conformidad con las*  
16 *disposiciones pertinentes del Tratado de 1977 y sus instrumentos conexos.*

17 En resumen, la Corte Internacional resolvió que ambas  
18 partes habían cometido actos internacionalmente ilícitos, y que esos actos dieron lugar a  
19 daños que eran responsabilidad de las partes, y por consiguiente, Hungría y Eslovaquia  
20 tienen la obligación de pagar indemnizaciones y ambas tienen derecho a obtener  
21 indemnizaciones. No obstante ello, observó que habida cuenta de que las partes han  
22 cometido actos ilícitos interrelacionados, la cuestión de la indemnización debe resolverse  
23 satisfactoriamente en el marco de un acuerdo general para que cada una de las partes  
24 renuncie o cancele todas las reclamaciones y contrarreclamaciones financieras. Al mismo  
25 tiempo, el Corte destacó que el hecho de que salden cuentas respecto de los trabajos es  
26 diferente de la cuestión de la indemnización y ha de resolverse de conformidad con el

1 Tratado de 1977 y los instrumentos conexos. Para que Hungría participe en el  
2 funcionamiento y los beneficios del complejo Cunovo, dicho país debe pagar la parte  
3 proporcional de los gastos de construcción y de funcionamiento.

4 La Corte reconoció la existencia de normas  
5 ambientales como parte del cuerpo general del derecho internacional, e instruyó a las  
6 partes a tomar en consideración el principio de desarrollo sustentable, que tanto Hungría  
7 como Eslovaquia estimaban que era aplicable al caso, y en este contexto el Tribunal fijó  
8 las pautas para que ambos países conciliaran los aspectos conflictivos de protección  
9 ambiental y de desarrollo económico presentes en este caso, reconociendo a este último  
10 como “*un nuevo principio de de derecho internacional ambiental*”.

11 En tal sentido, la Corte declaró que se encontraba  
12 consciente de que en materia de protección del medio ambiente la vigilancia y la  
13 prevención son aspectos relevantes debido al efecto a veces irreversible que la acción  
14 humana puede provocar en el medio ambiente. Así recordó que, a través de la historia, la  
15 humanidad ha interferido constantemente con la naturaleza ya sea por razones de índole  
16 económico o por otras razones, y que en el pasado, esa intervención se llevó a cabo sin  
17 consideración por la naturaleza y la preservación de los recursos naturales.

18 En este escenario aparece la noción de “*desarrollo*  
19 *sustentable*”, que se traduce en la necesidad de conciliar el desarrollo económico con la  
20 protección del medio ambiente, que es tomada por la Corte en este caso, y desarrollada  
21 en extenso en la opinión separada del Vicepresidente del Tribunal, juez Weeramantry,  
22 quien formuló unas serie de consideraciones relevantes en torno al rol preciso del  
23 desarrollo sustentable en el derecho internacional. Así, señaló que si la posibilidad de  
24 daño ambiental hubiera sido la única consideración válida en esta materia, los argumentos  
25 de Hungría habrían sido concluyentes; sin embargo, existen otros factores que deben  
26 tomarse en consideración, siendo el del desarrollo económico uno de los mas importantes,

1 afirmando que “*en el caso, el proyecto de esclusas es importante para el desarrollo de*  
2 *Eslovaquia, y es por ello que la Corte debe, establecer un balance entre las*  
3 *consideraciones ambientales y las consideraciones de desarrollo económico que han*  
4 *argumentado las partes de este conflicto, y precisamente este balance se logra a través*  
5 *del principio del desarrollo sustentable.*” (Puede consultarse Hunter, David, Salzman, James,  
6 Zaelke, Durwood, International Environment Law and Policy, University Casebook Series,  
7 Foundation press, New York, 1999). Esta idea del desarrollo sustentable se ha ido  
8 incorporando en un número importante de acuerdos internacionales, y esto reafirma en el  
9 derecho internacional que es deseable contar ambos: el desarrollo económico y la  
10 protección ambiental, sin entender que alguno de estos principios resulta superior al otro,  
11 en la medida de llegar a neutralizarlo o anularlo. El juez Weeramantry se pregunta frente  
12 al conflicto derivado de la explotación de la cuenca del Danubio, ¿debería detenerse el  
13 proyecto debido a los posibles peligros al medio ambiente, impidiendo el desarrollo  
14 económico de Eslovaquia, o debería continuarse con el proyecto, dejando de lado  
15 consideraciones de preocupación ambiental? Ante este dilema, sugiere explorar un  
16 camino intermedio que se haga cargo de ambas aspiraciones y derechos, cuidando de  
17 minimizar el efecto adverso que cada uno de ellos puede ejercer en el otro.

18           ¿Existe algún principio en el derecho internacional contemporáneo que permita  
19 asumir este camino intermedio? De acuerdo con este juez si existe, y se trata del principio  
20 del desarrollo sustentable, y mas aun cuando ambos países concuerdan que ese principio  
21 resulta aplicable al caso. De esta forma, el problema pareciera ser la forma específica en  
22 que el principio debiera ser aplicado al caso en cuestión. Ahora bien, ya que el principio  
23 del derecho al desarrollo sustentable y el principio a la protección ambiental se encuentran  
24 fuertemente establecidos en el derecho internacional contemporáneo, si no existiera un  
25 principio que los pudiera armonizar significaría reconocer que el derecho tiene dos  
26 materias irreconciliables que no pueden armonizarse y esto resulta insostenible. El

1 desarrollo debe ser buscado solo en armonía con las razonables demandas de la protección  
2 ambiental, y de esta forma, la correcta formulación del derecho al desarrollo es que este  
3 derecho no existe en el sentido absoluto, sino que es relativo siempre a su tolerancia por  
4 parte del medio ambiente. Se trata de un principio no solo propuesto por los estados en  
5 vías de desarrollo, sino que descansa en una base de aceptación mundial (conforme se  
6 destaca en el Informe Brundlandt de 1987, y en igual sentido en la Conferencia de Rio de  
7 1992)

8       Ese concepto a su vez ha sido incorporando en un numerosos acuerdos  
9 internacionales vinculantes referidos a los usos de aguas comunes, y reafirma así la idea  
10 de contar con ambos en el derecho internacional. Obtener el desarrollo económico y  
11 asegurar el bienestar general y al mismo tiempo asegurar la protección ambiental. Buscar  
12 un equilibrio entre ambos para evitar que toda la riqueza derivada de los recursos  
13 naturales no pudiera ser explotada y utilizada debido a un excesivo rigor en el uso del  
14 formalismo jurídico. Es por ello que el derecho ambiental internacional hace uso de  
15 principios, conceptos y aspiraciones existentes en diversas tradiciones legales del mundo,  
16 entre las cuales se encuentra el principio de usufructo de los recursos del planeta, el  
17 principio de los derechos intergeneracionales, el principio de la necesaria coordinación  
18 entre el desarrollo económico y la protección ambiental.

19       Un desarrollo sustentable debe conservar los recursos naturales, no debe degradar  
20 el medio ambiente y debe ser técnicamente apropiado, económicamente viable y  
21 socialmente aceptable. **Pero al mismo tiempo, la conservación del medio ambiente no  
22 se puede plantear en un sentido restrictivo, que impidan la satisfacción de  
23 necesidades crecientes vinculadas con la vivienda, la salud, la educación, el trabajo  
24 y la energía. Ello implica poner en producción los recursos con los que cuenta cada  
25 región, y en ese escenario, la protección ambiental no puede plantearse como un  
26 dilema frente al desarrollo, sino como uno de sus elementos.**



1           La noción de desarrollo sustentable incluye al crecimiento económico con  
2 preservación y cuidado el medio ambiente, para evitar caer en una falsa disyuntiva que  
3 opone la noción de protección del medio ambiente frente a la necesidad de desarrollo  
4 sustentable.

5           En este caso, V.E. ha establecido que para conciliar el conflicto derivado del uso  
6 y explotación de la Cuenca del Rio Atuel, debe aplicarse el principio de participación  
7 equitativa y razonable en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua. La  
8 implementación de este principio requiere la adopción medidas concretas que posibiliten  
9 la explotación común de recursos, y a nuestro entender, el análisis económico del derecho  
10 brinda las mejores herramientas para diseñar una solución eficaz a partir un análisis costo-  
11 beneficio que permita articular el aprovechamiento equitativo de ese recurso en la Cuenca  
12 del Rio Atuel.

#### 13                           ANALISIS ECONOMICO DE LA PRETENSION DE LA PROVINCIA 14 DE LA PAMPA.

15                           La Provincia de La Pampa solicitó en su demanda una redefinición  
16 de los derechos que cada una de las provincias que son parte en el diferendo tienen con  
17 respecto al uso, explotación y administración de la cuenca del río Atuel. En términos  
18 económicos, la Provincia de La Pampa pretende que la Corte Suprema regule o defina el  
19 contenido de los derechos de propiedad de cada una de las partes sobre el río Atuel.

20           En síntesis, la Provincia de La Pampa solicitó que su derecho de propiedad, en  
21 sentido económico, sobre el río Atuel sea definido del siguiente modo: (i) en primer lugar,  
22 como el poder de participar en el gobierno de un “Comité”, junto con el Estado Nacional  
23 y la Provincia de Mendoza, que administrará la cuenca del río, (ii) y al mismo tiempo,  
24 con la facultad de exigir que dicho “Comité” obligue a la Provincia de Mendoza a limitar  
25 su uso del río, de manera tal que sea fácticamente posible: (a) la formación del caudal  
26 ambiental necesario para recomponer el ecosistema del oeste pampeano, (b) asegurar el

1 acceso al agua potable a la población ubicada en el oeste pampeano, (c) tender a un  
2 equilibrio regional entre el oeste pampeano y el sur de la Provincia de Mendoza.

3 Mientras que el derecho cuya asignación se pretende en el punto (i) configura una  
4 regla de propiedad en sentido estricto, pues habilita a la Provincia de La Pampa a  
5 negociar, junto con la Provincia de Mendoza y el Estado Nacional, la manera de usar el  
6 recurso hídrico en la forma que estime conveniente, el derecho pretendido en el punto (ii)  
7 configura un supuesto de inalienabilidad pues, una vez asignado, el mismo no podrá ser  
8 objeto de negociación por parte de La Pampa. (Sobre la distinción entre reglas de  
9 propiedad y reglas de inalienabilidad para la asignación de derechos, véase Guido  
10 Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability:  
11 One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, 85 (6) (1972): 1089-1128).

#### 12 LA REGULACIÓN A TRAVÉS DEL LITIGIO (“REGULATION BY 13 LITIGATION”)

14 El presente litigio fue iniciado en los términos del artículo 127 de la Constitución.  
15 Es decir una de las partes recurre a la Corte Suprema para buscar la solución a un  
16 diferendo que trasciende las características de un litigio habitual. Las partes en el presente  
17 diferendo ya habían recurrido a V.E. en una oportunidad anterior, para obtener una  
18 solución a este conflicto. De acuerdo con la forma en que la Provincia de La Pampa  
19 planteó el caso, se sugiere que, en la actualidad, la Provincia de Mendoza utiliza la cuenca  
20 del río Atuel como si su derecho a ello incluyera la posibilidad de excluir a la otra  
21 provincia de ese uso. Sin embargo, La Pampa argumenta que el río Atuel configura un  
22 bien público. En tal sentido, sostiene que el régimen normativo de la cuenca no debe  
23 reconocer a Mendoza el derecho a excluirla del uso del río. Ello implica, en otras palabras,  
24 que, a través del litigio se busca que la Corte modifique la práctica actual, estableciendo  
25 una nueva regulación. Se trata, entonces, de un supuesto de regulación a través del litigio.

1                   La regulación puede establecerse a través de la imposición de normas por  
2 partes de una autoridad central, mediante la negociación entre las partes o través de una  
3 sentencia judicial. En el presente caso, no es posible, por razones constitucionales, acudir  
4 a la adopción de una decisión unilateral del Congreso de la Nación. Por otra parte, la  
5 negociación entre las partes, por los elevados costos de transacción involucrados, no  
6 resolvió de manera efectiva el diferendo. Por lo tanto, resulta indispensable que la  
7 sentencia que dicte la Corte Suprema defina los derechos de las partes y, de esa manera,  
8 establezca la regulación que las regirá en lo sucesivo. (Sobre la regulación a través del  
9 litigio, véase Andrew P. Morriss, Bruce Yandle, y Andrew Dorchak, *Regulation by*  
10 *Litigation* (New Haven y Londres: Yale University Press, 2009), *passim*; *id.*, “Regulation  
11 by Litigation”, *Engage*, 9(1) (2008): 109-118; W. Kip Viscusi, “Overview”, en  
12 *Regulation through Litigation* (Washington DC: Brookings Institution Press, 2002), W.  
13 Kip Viscusi, ed., 1-21).

14                   Diferendos como el actual, pueden parecer insolubles, por sus altos costos  
15 de trasacción, sea porque incluyen a muchos actores, o porque se refieren a cuestiones  
16 interjurisdiccionales o porque afectan a importantes grupos de interés. Son también  
17 habituales los casos con un alto contenido emocional. Los que incorporan elementos  
18 como soberanía territorial, usos alternativos de los recursos naturales y enfrentamientos  
19 políticos entre estados o provincias. En este tipo de casos, suele plantearse un problema  
20 grave, originado por la complejidad y asimetría de la información, es decir, las partes  
21 poseen diferentes niveles de información. Cuando ello ocurre, la solución judicial aparece  
22 como eficaz, no porque el juez posea mayor información a la de un posible regulador  
23 centralizado, sino por las características dialógicas del proceso judicial. Este permite  
24 analizar y comparar en forma igualitaria la información provista por las partes.

25                   De ese modo, el diálogo de las partes frente al juez constituye una  
26 herramienta para disminuir los costos de información, con lo cual se reduce la

1 probabilidad de que la parte que cuenta con mejor información o más poder pueda asumir  
2 una actitud oportunista frente a la contraria. En sí mismo, ello puede facilitar una  
3 negociación entre las partes. Pero, en la hipótesis de que se alcance una solución entre las  
4 partes, el juez estará en condiciones de establecer la norma para de regular la relación  
5 entre las partes.

6 El carácter dialógico del proceso judicial presenta dos ventajas relevantes  
7 en este contexto. En primer lugar, ofrece un ámbito de participación efectiva de las partes  
8 en el proceso de adopción de la regulación, se satisface la idea que una norma legítima es  
9 aquella que un agente se impone a sí mismo. En segundo lugar, al contar con suficiente  
10 información, el juez podrá adoptar una decisión cuyo resultado sea equivalente al que  
11 hubieran llegado las partes de no existir los costos de transacción que impidieron la  
12 negociación en primer lugar. Finalmente la decisión razonable del juez es la de adoptar a  
13 través del análisis de costo beneficio la asignación de los recursos que aseguren el  
14 bienestar general. Este bienestar se obtiene cuando se asignan los recursos de manera de  
15 obtener los mayores beneficios posibles frente a los costos asumidos. Una asignación de  
16 recursos que reduzca la riqueza de la población se transforma en una considerable  
17 reducción del bienestar general.

18 En los siguientes apartados, indicaremos qué factores deberán ser tenidos  
19 en cuenta por la Corte Suprema para llevar adelante en forma adecuada un análisis de  
20 costo-beneficio con respecto a la pretensión de la Provincia de La Pampa.

## 21 LAS CARACTERISTICAS DEL RIO ATUEL.

22 El primer aspecto relevante es determinar de qué tipo de bien se  
23 trata el río Atuel en la actualidad, teniendo en cuenta no sólo las características geológicas  
24 o geográficas, sino también las obras de infraestructura existentes. En tal sentido, el río  
25 no configura un bien público puro, sino que, en el mejor de los casos, se trata, en términos  
26 de Elinor Ostrom, de un recurso común.

1                   Según dicha autora, un recurso común es un sistema de recursos, naturales  
2 o artificiales, que es lo bastante grande como para hacer costosa, aunque no  
3 necesariamente imposible, la exclusión de potenciales beneficiarios del acceso a su uso.  
4 Una segunda característica de este tipo de bienes es que existe rivalidad en su uso, es  
5 decir, que cada unidad del recurso que es consumida por un sujeto, impide que dicha  
6 unidad sea consumida por otro sujeto. (Véase Elinor Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Nueva York: Cambridge University  
7 Press, 1990), 30-31). Este tipo de bienes, pueden producir rivalidad en su consumo, se  
8 denomina también, en ocasiones, bienes públicos “congestionables”. (Véase Robert  
9 Cooter, *The Strategic Constitution* (Princeton: Princeton University Press, 2000), 106).  
10 Los bienes públicos puros, en cambio, son aquellos que reúnen las características de no  
11 admitir la rivalidad en el consumo ni permitir la asignación o distribución exclusiva de  
12 los mismos a individuos. No permiten la exclusión, el ejemplo habitual es la defensa.  
13 (Véase, por ejemplo, Paul A. Samuelson, “The Pure Theory of Public Expenditure”,  
14 *Review of Economics and Statistics*, 36 (4) (1954): 387-389 donde dió el ejemplo de los  
15 faros en la navegación luego criticado por Coase).

17                   De acuerdo con Robert Cooter, si un sistema político está organizado en  
18 diferentes niveles de acuerdo a algún criterio territorial, como ocurre, por ejemplo, en el  
19 caso de un estado federal, entonces los bienes públicos puros deben ser provistos o  
20 administrados por el gobierno federal, mientras que los bienes públicos “congestionables”  
21 deben ser provistos o administrados por la unidad de gobierno más cercana al lugar en el  
22 que se produzca la “congestión”. Sin embargo, si, en virtud de la forma en que se  
23 administra o provee un bien, se produjera una externalidad hacia el territorio que  
24 corresponde a otro gobierno, entonces Cooter sugiere la necesidad de crear un distrito  
25 especial, que comprenda a los afectados por dicha externalidad. (Véase, Cooter, op. cit.,  
26 105-108).

1           Por lo tanto, para que resulte razonable acceder a la petición de la Provincia  
2 de La Pampa de crear el “Comité para la Cuenca de Atuel”, se deberá demostrar en el  
3 caso que, efectivamente, la manera en que actualmente se administra el río provoca una  
4 externalidad negativa en La Pampa.

#### 5           SOBRE UN COMITÉ PARA LA CUENCA DEL ATUEL

6           En la hipótesis de que fuera necesario crear el Comité, surge una  
7 segunda cuestión relevante: bajo qué reglas deberá organizarse su funcionamiento. Al  
8 tratarse de la administración de un recurso común, es muy importante que los derechos  
9 de participación de las partes sean definidos con mucha claridad.

10           Por un lado, si se desea que el Comité funcione de manera efectiva, se debe  
11 evitar asignar a las partes la posibilidad de ejercer un poder de veto de manera poco  
12 costosa, pues ello equivaldría a un mantenimiento del statu quo. (Sobre la relación entre  
13 la asignación de un poder de veto a varios actores institucionales y el mantenimiento del  
14 statu quo regulatorio, véase George Tsebelis, *Veto Player. How Political Institutions*  
15 *Work* (Princeton: Princeton University Press, 2002), *passim*).

16           Por otra parte, el Comité también debería contar con mecanismos aptos  
17 para incentivar una conducta responsable de las partes. De otro modo, se corre el riesgo  
18 de provocar una tragedia de los comunes, es decir, que la laxitud de las nuevas  
19 regulaciones conduzca a una sobre-explotación del recurso común. (Véase Garrett  
20 Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, 162 (1968): 1243-1248).

21           Mucho más importante aún, sin embargo, es que la estructura del Comité  
22 no provea a los actores de una capacidad institucional para excluir a los restantes del uso  
23 del recurso común, pues ello conduciría al problema simétrico, y quizás dramático, de la  
24 sub-explotación del recurso hídrico, fenómeno denominado “tragedia de los  
25 anticomunes”. (Sobre los “anticomunes”, véase Michael A. Heller, “The Tragedy of the

1 Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”, Harvard Law Review,  
2 111 (3) (1998): 621-688).

3 Por último, debe tenerse en cuenta que el Comité actuará en el largo plazo  
4 como un órgano de gobierno, de manera tal que también debe tener suficiente flexibilidad  
5 como para modificar sus regulaciones de acuerdo a los cambios de circunstancias, como  
6 forma de evitar un nuevo proceso judicial o recurrir a una, muy costosa, negociación entre  
7 las partes. (Sobre los órganos de gobierno de los contratos a largo plazo, véase Oliver E.  
8 Williamson, “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”,  
9 Journal of Law and Economics, 22 (2) (1979): 233-261).

10 En este punto, la Corte debería considerar si ella está en  
11 condiciones institucionales adecuadas para diseñar la estructura de un organismo que,  
12 según vemos, será formidablemente complejo. La cuestión de los costos para adoptar una  
13 decisión sobre esta materia debe ser cabalmente ponderada pues el error conduciría a  
14 anular todo el camino recorrido en el proceso judicial. Si la Corte estimara que otra  
15 institución está en mejores condiciones que ella para regular el funcionamiento del  
16 Comité, deberá indicarlo. Y, si ocurriera que la complejidad del organismo es tal que los  
17 costos de su organización serían demasiado elevados para cualquier institución, entonces  
18 la Corte debería desestimar la solicitud de la Provincia de la Pampa, no por motivos de la  
19 posible razonabilidad de su reclamo, sino por el elevado costo de adoptar un estándar  
20 judicialmente aplicable. (Sobre los estándares judicialmente aplicables, véase Richard H.  
21 Fallon, Jr., “Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning”, Harvard Law  
22 Review, 119 (5) (2006): 1274-1332; sobre el análisis de los costos de adoptar cierto tipo  
23 de decisiones en el ámbito judicial como una razón para determinar qué institución está  
24 en mejores condiciones de adoptar tales decisiones, véase Neil Komesar, Imperfect  
25 Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy (Chicago:  
26 University of Chicago Press, 1994), 123-150).

1           Una alternativa, sería la de adoptar una decisión mínima sobre la decisión  
2 del caso. Una que determine los derechos de propiedad asignados para aumentar el  
3 bienestar luego de un análisis de costo beneficio. Sin embargo, sin que ello implique en  
4 los hechos, dejar la decisión final sobre el tema en manos de una negociación de las partes  
5 porque el problema seguiría sin solución. (Para un análisis de los errores en las decisiones  
6 judiciales como una razón para adoptar decisiones mínimas, véase Cass R. Sunstein, One  
7 Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court (Cambridge, Massachusetts:  
8 Harvard University Press, 1999), 46-60).

## 9           EL ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LAS MEDIDAS 10 SOLICITADAS

11           Además de la constitución del Comité, la Provincia de La Pampa  
12 solicitó que se limite el uso del río Atuel a los restantes actores, de manera tal que sea  
13 fácticamente posible: (a) la formación del caudal ambiental necesario para recomponer el  
14 ecosistema del oeste pampeano, (b) asegurar el acceso al agua potable a la población  
15 ubicada en el oeste pampeano, (c) tender a un equilibrio regional entre el oeste pampeano  
16 y el sur de la Provincia de Mendoza.

17           Para hacer efectivo el derecho que la Provincia de La Pampa  
18 solicita que se le asigne, no sólo se requiere de la adopción de un régimen normativo, sino  
19 también de una modificación de las prácticas actuales de uso de la cuenca del Atuel y la  
20 realización de obras de infraestructura. La justificación adecuada de la asignación de ese  
21 derecho requiere de un análisis de los costos y beneficios que la misma traería aparejados.

22           El análisis de costo-beneficio fue usado originalmente para  
23 determinar la utilidad de las obras públicas. Posteriormente, se lo amplió como una forma  
24 de obtención de conocimiento y como criterio de evaluación de la legislación y los  
25 reglamentos. De ese modo, puede servir como base para la toma de decisiones públicas.



1 En ello radica la importancia de su aplicación en un caso en el cual la Corte actuará como  
2 un regulador.

3                   En general, la realización del análisis se divide en cuatro etapas. En  
4 primer lugar, se identifican los proyectos posibles que deben examinarse, es decir, las  
5 opciones entre las cuales se debe elegir. En segundo lugar, se requiere identificar las  
6 consecuencias de cada una de las posibilidades, esto es cuáles son los costos y beneficios.  
7 En tercer lugar, se asigna un valor a los factores identificados en la segunda etapa. Para  
8 ello, se efectúa una estimación basada en un análisis de riesgos. Finalmente, se  
9 compararán los costos y los beneficios, y se optará por el proyecto que procure mayores  
10 beneficios netos.

11                   Este procedimiento es utilizado por cualquier organización pública  
12 o privada cuando tiene que determinar si efectuará una inversión. En el caso de los  
13 gobiernos, se plantean algunas diferencias. Mientras que una empresa se interesa  
14 principalmente por las consecuencias que se refieren a su rentabilidad, el gobierno está  
15 interesado por un aumento del bienestar general. Al mismo tiempo, las empresas suelen  
16 utilizar los precios de mercado para valorar las consecuencias. Sin embargo, dado que el  
17 gobierno incorpora en su análisis varias clases de consecuencias, puede ocurrir que  
18 algunos de los factores que debe ponderar no tengan precios de mercado, pues ellos no se  
19 venden en él. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la conservación del aire puro o la  
20 recomposición del ambiente. Ello obliga a buscar técnicas que permitan cuantificar tales  
21 factores para poder realizar el análisis. Uno de tales métodos es el análisis de eficiencia  
22 desde el punto de vista del costo que consiste en determinar cierto fin y, luego, elegir la  
23 opción que entrañe menos costos, sin computar los beneficios. Ello evita los problemas  
24 de valoración cuando se trata de factores que no se ofrecen en el mercado.

25                   En línea con lo anterior, Cass Sunstein sostiene que el regulador  
26 debe identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos, y procurar

1    cuantificar los efectos relevantes, en la medida en que ello sea posible. Si ello no fuera  
2    posible, el regulador deberá evaluar los efectos relevantes en términos cualitativos,  
3    intentando especificar un rango de resultados plausibles. Sin embargo, Sunstein aclara  
4    que la descripción cuantitativa de los efectos relevantes no debe reemplazar, sino que  
5    debe complementar, a la descripción cualitativa. Esta última debe permitir, ante todo,  
6    identificar en la forma más concreta posible quiénes serán los beneficiarios, y quiénes los  
7    perjudicados, con la regulación. Finalmente, el regulador debe hacer un esfuerzo para  
8    convertir los valores no monetarios en su equivalente en dinero. Ello promueve la  
9    coherencia y uniformidad, y permite ordenar prioridades de manera sensata. La  
10   monetización, aclara Sunstein, es únicamente una herramienta pragmática para guiar el  
11   análisis, y para dar lugar a comparaciones informadas. (Véase Cass R. Sunstein,  
12   “Cognition and Cost-Benefit Analysis”, *Journal of Legal Studies*, 29 (2) (2000): 1059-  
13   1103).

14                Con el fin de realizar el análisis de costo-beneficio, la Corte deberá  
15   determinar cuáles son los factores relevantes que ingresan en la ecuación. En tal sentido,  
16   deberá identificar y, en la mayor medida posible, mensurar, el impacto que la  
17   modificación en el uso actual del río en el sur de Mendoza tendrá sobre: (i) el medio  
18   ambiente en dicha región, (ii) la irrigación de cultivos y otras actividades económicas,  
19   (iii) el uso recreativo que hacen los habitantes de la zona, (iv) la industria turística, (v) el  
20   acceso de los pobladores al agua. En la cuenca del río Atuel también se ubica el sistema  
21   “Los Nihuiles”, que integra el sistema nacional de producción de energía eléctrica. Por lo  
22   tanto, también se deberá ponderar el impacto que las modificaciones en el uso del río  
23   tendrán sobre (vi) la producción de energía eléctrica. Finalmente, se deberá computar (vii)  
24   el costo de las obras de infraestructura necesarias en caso de asignar de manera efectiva  
25   a La Pampa el derecho que reclama.

1                   Tales costos deberán ser comparados con los beneficios que se obtendrían  
2 en caso de que la pretensión de la Provincia de La Pampa prosperara. Los beneficios  
3 deben estar claramente determinados y debidamente valorados. Debería analizarse el  
4 hecho de que, al garantizarse el acceso al agua potable a los pobladores del oeste  
5 pampeano, podrían reducirse los costos que actualmente deben sufragar para acceder a  
6 aquel bien. De manera similar, la recomposición del ecosistema regional también  
7 constituye un beneficio que puede esperarse. Finalmente, la posibilidad de utilizar  
8 productivamente el río Atuel puede generar beneficios en términos de generación de  
9 actividades rentables. Esto último sería el medio adecuado para alcanzar un mayor  
10 equilibrio en el desarrollo del oeste pampeano y el sur mendocino.

11                   Cabe destacar, en este punto, que la decisión de la Corte podría no asignar  
12 todos, sino sólo algunos, de los derechos indicados en la demanda. El reclamo podría ser  
13 acogido de manera parcial, teniendo en cuenta, precisamente, el análisis de costo-  
14 beneficio que se desprenda para cada derecho. A modo de ejemplo, podría ocurrir, por  
15 hipótesis, que la prueba resultante de la causa determine que el caudal ambiental necesario  
16 para recomponer el ecosistema del oeste pampeano provocaría, a su vez, un daño  
17 ambiental grave en el sur de Mendoza. Frente a tal hipótesis, la pretensión de recomponer  
18 el ecosistema debería ser rechazada. Sin embargo, también podría ocurrir que, al mismo  
19 tiempo, la prueba reunida en la causa demuestre que el costo de realizar obras de  
20 infraestructura, como acueductos, para permitir el acceso de los pobladores del oeste  
21 pampeano al agua potable sea compensado con los beneficios que se seguirían de dicho  
22 acceso. Por lo tanto, bajo esa hipótesis, la Corte podría asignarle a La Pampa el derecho  
23 en cuestión.

#### 24                   **IV.- PETITORIO.**

25                   Por todo lo expuesto, de V.E. solicitamos:

