

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° 94 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: **“BUENOS AIRES, PROVINCIA DE**
10 **c/SANTA FE, PROVINCIA DE s/SUMARISMO – DERIVACION DE AGUAS**
11 **(Expte. N° 528/2000 CSJN)** ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

12 **I.- OBJETO.**

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

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

18 **II.1.- BREVE RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES.**

19 La Provincia de Buenos Aires demanda a la Provincia de Santa Fe, en
20 los términos del art. 127 de la Constitución Nacional, a fin de que se le prohíba la
21 ejecución de obras que alteren el escurrido natural de las aguas de la Laguna La Picasa;
22 se la condene a destruir a su costa las llevadas a cabo, reponiendo las cosas a su estado
23 anterior; se le ordene que reanude la concertación de acciones comunes tendientes a
24 resolver la emergencia hídrica de la región de acuerdo a lo establecido en la Comisión
25 Interjurisdiccional creada al efecto, y se le imponga el cumplimiento y ejecución del
26 proyecto acordado para la regulación de la cuenca.

1 La Corte Suprema declaró su competencia para entender en el caso por
2 vía de su instancia originaria, admitió la medida cautelar solicitada por la actora, y
3 dispuso que las partes debían designar a sus representantes para controlar directa y
4 permanentemente la ejecución de las obras de taponamiento del canal de desagüe
5 “Alternativa Norte” ordenadas, con el control de la Subsecretaría de Recursos Hídricos
6 de la Nación. Posteriormente, y con base en los informes presentados por el
7 representante del referido organismo, la Corte Suprema señaló que las obras ordenadas
8 se habían cumplido, sin perjuicio de que la Provincia de Santa Fe ejerza el necesario
9 control de las condiciones de mantenimiento de las obras en cuestión.

10 El día 24 de enero de 2006, las partes celebraron un acuerdo, con el
11 siguiente alcance: (i) efectuar una presentación ante la Corte Suprema, solicitando la
12 suspensión de los plazos procesales de la causa, mientras subsista la vigencia del acta
13 acuerdo; (ii) la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación asume el compromiso
14 de hacer todo lo que esté a su alcance para la ejecución de las cuatro obras de
15 regulación y control identificadas en el Informe Hidrológico e Hidráulico del Centro
16 Regional Litoral, así como la continuidad del estudio integral para la Cuenca de
17 Aportes a la Laguna El Chañar; (iii) las partes darán inicio a las tareas de utilización
18 temporaria del Canal Alternativa Norte conectado por bombeo a La Laguna La Picasa
19 en el lapso de 15 días a partir de la fecha de suscripción del acuerdo; (iv) la ejecución
20 de las acciones de conexión y desconexión del bombeo, su graduación y la verificación
21 de las condiciones generales del sistema receptor, para derivar el agua de la Laguna
22 La Picasa al Canal Alternativa Norte, será seguida y ordenada por las autoridades del
23 Ministerio de Asuntos Hídricos de la Provincia de Santa Fe, del Ministerio de Obras y
24 Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires y de la Subsecretaría de Recursos
25 Hídricos de la Nación. La conexión de las bombas se hará en forma gradual, con la
26 previa autorización de la Provincia de Buenos Aires ante la solicitud que para cada

1 puesta en marcha realice la Provincia de Santa Fe; y ante la indicación fundada de la
2 Provincia de Buenos Aires, se producirá la inmediata desconexión del bombeo; (v) en
3 caso de existir situaciones de emergencia por condiciones de precipitación en la
4 Cuenca propia del Canal Alternativa Norte durante el período de ejecución de las
5 Obras de Control, las partes arbitrarán las acciones necesarias para la inmediata
6 desactivación del canal.

7 Como consecuencia de ese acuerdo, se dispuso la suspensión de los
8 plazos procesales, los que se reanudarían a pedido de cualquiera de las partes en el
9 caso de que se configure alguna de las alternativas que autoricen a considerar que no
10 subsiste la vigencia de lo convenido en el Acta Acuerdo del 24 de enero de 2006.

11 El 17 de junio de 2017, se presenta el Defensor del Pueblo de la
12 Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 90 inciso 2 del C.P.P.C.C.N., y
13 solicita se convoque a las partes a una audiencia a los efectos de que informen el estado
14 de cumplimiento y ejecución de las mandas judiciales y los convenios celebrados.

15 Denuncia que este año, los distritos del noroeste bonaerense
16 comenzaron a sufrir las consecuencias de las inundaciones por el exceso de agua y su
17 falta de escurrimiento, acompaña los antecedentes administrativos que dan cuenta de
18 las actuaciones llevadas por ese organismo, en cuyo marco se intimó al Gobierno
19 Federal, a la Provincia de Buenos Aires y a los Estados Provinciales vecinos, para que
20 tomen urgente intervención mediante acciones concretas a fin de superar la situación,
21 pero, destaca que esa actividad administrativa no tuvo el resultado esperado, y que la
22 cuestión lejos de solucionarse, se agrava día a día.

23 Además, requiere la formación de un incidente y que se le asigne al
24 juzgado federal con competencia territorial, a los efectos de la ejecución de las órdenes
25 dadas en este proceso y el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes.

26 **II.2.- LOS DILEMAS QUE PRESENTA ESTA CAUSA.**

1 El objetivo del presente memorial será el de reconstruir el conflicto
2 articulado en la causa, utilizando conceptos del análisis económico del derecho. En tal
3 sentido, sugeriremos qué aspectos de la prueba a producirse en la causa deberá tener
4 en cuenta la Corte Suprema para resolver el caso. Guiará esta presentación la idea que
5 la asignación de derechos debe estar fundada en un análisis de costo-beneficio, con el
6 fin de producir las mejores consecuencias posibles en términos de bienestar general.

7 Corresponde para ello analizar: (i) cuál es la causa que generó la
8 alteración del escurrido natural de las aguas de la Laguna La Picasa; (ii) si la causa
9 deriva exclusivamente de las obras realizadas por la Provincia de Santa Fe, se deberá
10 cuantificar el impacto que generan las inundaciones en el territorio de la Provincia de
11 Buenos Aires y estimar los costos de su reparación y eventualmente las obras de
12 infraestructura necesarias para su prevención; (iii) si la causa deriva de las obras
13 realizadas en ambas provincias, con posterioridad al acuerdo del 24 de enero de 2006,
14 se deberá cuantificar cuales son los costos que deben asumir las partes para superar
15 este conflicto que deriva del curso de un río interjurisdiccional, además de arribar a
16 una solución al posible conflicto entre desarrollo económico y protección del medio
17 ambiente.

18 De estas tres cuestiones centraremos el análisis en la tercera, dada la
19 existencia de una acuerdo de partes cuya ejecución motivó la presentación como
20 tercero del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, en virtud de la cual,
21 V.E. convocó a una audiencia pública.

22 **III.3.- EL ANALISIS DE COSTO-BENEFICIO EN LAS** 23 **DECISIONES JUDICIALES.**

24 El concepto de costo beneficio tuvo un origen asociado a la
25 determinación de la utilidad de las obras públicas. Pero ha tenido una evolución
26 reciente como criterio de evaluación de la legislación y de los reglamentos. Es también

1 un aliado del control judicial sobre esas normas. Iniciemos su estudio por su origen
2 como análisis cuantitativo.

3 En muchos casos el gobierno necesita realizar no sólo un análisis
4 cualitativo sino también un análisis cuantitativo. Es decir, necesita saber si los
5 beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos.

6 Tradicionalmente el concepto fue utilizado para determinar la utilidad
7 de obras públicas y evitar que se realizaran por motivos puramente políticos. En la
8 actualidad el análisis de costo beneficio es útil como forma de toma de decisiones
9 públicas y como medio de control.

10 En el caso de una empresa privada sus directivos tienen que tomar
11 constantemente decisiones sobre la conveniencia de emprender determinadas
12 inversiones.

13 El procedimiento que se sigue puede señalarse en cuatro etapas:

14 1) Identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse.
15 Esta primera fase consiste en enumerar las principales opciones existentes.

16 2) Identificar todas las consecuencias de estas posibilidades. A una
17 empresa le preocupa principalmente los factores que tiene que pagar y los productos
18 que puede vender. Averiguará la cantidad de mano de obra, los insumos y demás
19 materias primas necesarias en cada opción, valorará la calidad del producto que se
20 producirá en cada opción y determinará la cantidad de deshechos que se generen.

21 3) Asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos. La
22 empresa tendrá que estimar los costos de diferentes tipos de trabajos a lo largo de la
23 vida de una actividad productiva, en este caso la actividad agropecuaria. Tendrá que
24 estimar los costos de otros factores. También estimar los precios a los que puede
25 vender el producto y ello dependerá de su calidad, que puede ser distinta en cada
26 proyecto, y también estimar los costos de eliminación de los deshechos.

1 4) Sumar los costos y los beneficios para hallar la rentabilidad total del
2 proyecto. Se debe valorar la asignación que le genere el mayor beneficio, es decir, la
3 diferencia máxima entre los beneficios y los costos, naturalmente siempre que los
4 beneficios sean positivos, teniendo debidamente en cuenta los costos de oportunidad.
5 Es decir, el rendimiento que podrían generar los fondos en otra asignación posible.

6 No cabe duda que no es igual obtener un beneficio hoy que recibirlo
7 dentro de años. Es decir, deben valorarse y compararse los beneficios y los costos
8 correspondientes a fechas distintas. Para evaluar proyectos con ingresos y gastos
9 futuros éstos se multiplican por un factor de descuento por un número menor que uno
10 que hace que los ingresos y los pagos futuros sean equivalentes a los actuales. El factor
11 de descuento es menor cuanto más se dilate en el tiempo obtener el beneficio.

12 Existen dos diferencias fundamentales entre el análisis de costo y
13 beneficio privado y el de los costos y beneficios sociales.

14 En primer lugar, las únicas consecuencias de un proyecto que le
15 interesan a una empresa privada son los que afectan su rentabilidad. Al gobierno le
16 interesa una gama mucho más amplia de consecuencias.

17 En segundo lugar, la empresa utiliza los precios de mercado para
18 evaluarlo que tiene que pagar por sus factores y lo que persigue por su producto.

19 En cambio, el gobierno podría no utilizar los precios de mercado para
20 evaluar los proyectos en el caso: a) en que no existan precios de mercado porque los
21 pro- ductos y los factores no se venden en él, que es lo que ocurre, por ejemplo, en el
22 caso del aire puro, de las vidas salvadas, de la preservación de la fauna y de la flora,
23 etc.; b) en otras ocasiones los precios de mercado no representan los verdaderos costos
24 o beneficios sociales marginales, por ejemplo, cuando existen fallas en el mercado.

25 Uno de los problemas esenciales del análisis de costos y
26 beneficios sociales es el hecho de que muchos de los costos y beneficios expresan

1 bienes que no se venden en el mercado.

2 ¿Cómo debe valorar el Estado las vidas que se salvan gracias a la mejora
3 del control de medicamentos, o gracias a la implantación de normas más críticas sobre
4 la utilización de materiales in amables en la fabricación de productos de uso
5 doméstico, o a la obligatoriedad del uso de cinturón de seguridad?

6 Se han desarrollado técnicas que permiten dar una respuesta a esa difícil
7 pregunta. Esta técnica permite inferir el valor buscado de las propias evaluaciones de
8 los individuos que se obtienen a partir de datos del mercado y de la observación de su
9 conducta en otras circunstancias.

10 En tal sentido, el análisis del costo beneficio proporciona un conjunto
11 sistemático de procedimientos mediante los cuales el Estado puede valorar si debe
12 **emprender o no un determinado proyecto** o programa y para elegir cuándo hay
13 varios.

14 La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales.
15 Frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la
16 pregunta si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación.

17 Las posibles respuestas a este interrogante constituyen la creación del
18 Estado de costo beneficio. Debe tenerse en cuenta que la legislación regulatoria tiene
19 diversos fines legítimos que no están limitados a la ciencia económica exclusivamente
20 por lo que no puede inundarse al Estado regulador en un mundo de requerimientos
21 procesales excesivos.

22 La utilización del análisis de costo y beneficio debe ser comprendida
23 como un esfuerzo para superar el sistema actual de regulación económica fuertemente
24 influido por grupos de interés o basado en circunstancias anecdóticas para ser
25 reemplazado por un concepto que examine las consecuencias reales de las limitaciones
26 a los derechos individuales que ocurren por la regulación económica.

1 Si bien la aplicación de este criterio corresponde en principio al
2 Congreso y a la administración, **la función judicial es la de invalidar las limitaciones**
3 **a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios**
4 **significativos.** La tarea judicial es la de **controlar la proporcionalidad entre los**
5 **costos y beneficios de la reglamentación** de los derechos individuales (Sunstein, C.,
6 *The Cost benefit State. Chicago Working papers in Law and Economics. Second*
7 *Series, Ver también Posner, E., Controlling agencies with cost benefit analysis: A*
8 *positive political theory perspective. Chicago Working papers in Law and Economics,*
9 *Chicago 2001.)*

10 La primera justificación del análisis de costo beneficio es económica,
11 como una forma de promover la eficiencia económica y de esta manera eliminar gastos
12 públicos y privados innecesarios o excesivos.

13 Pero el requerimiento de un análisis de costo beneficio tiene también
14 una fuerte justificación democrática, ya que permite disminuir las presiones de grupos
15 de interés sobre la reglamentación legislativa y administrativa.

16 Al mismo tiempo es un método que asegura que las consecuencias de
17 la reglamentación no están ocultas en el misterio, sino que por el contrario están
18 abiertas al conocimiento público y al control judicial.

19 Debe reconocerse que el análisis de costo beneficio supone la existencia
20 de mayores demandas de información sobre la administración que deberá responder
21 sobre las consecuencias que pueden tener la legislación y los actos administrativos.

22 Un segundo elemento es que algunas de las estrategias más e caces
23 reglamentación suponen pasar del sistema tradicional de decisión y control al sistema
24 de búsqueda de incentivos económicos. Es decir, conocer cuánto valen los bienes
25 sociales y cuánto está dispuesta la sociedad a pagar para su mantenimiento.

26 **III.4.- LA SOLUCION JUDICIAL EN CONFLICTOS**

1 **INTERJURISDICCIONALES.**

2 La pregunta frente a una decisión judicial que analiza las consecuencias
3 de un rico catastróficos es determinar cómo se realiza una investigación de costo-
4 beneficio sobre las diferentes alternativas planteadas frente a la acción unilateral de
5 una provincia que tiene consecuencias graves en el territorio de otra vecina.

6 Sin duda, es complicado para el poder judicial, aún a los tribunales de
7 más alta jerarquía, realizar de por sí un análisis de costo-beneficio frente a las
8 alternativas planteadas frente a un riesgo catastrófico.

9 Sin embargo, lo que un tribunal puede analizar son los análisis
10 efectuados por cada parte, en este caso cada provincia y su gobiernos.

11 Es decir confrontar los costos y beneficios de cada política y más aún
12 frente a cada obra pública realizada como formas de prevenir el riesgo catastrófico de
13 los efectos de una inundación en sectores rurales altamente productivos.

14 Esos análisis de técnicos de valuación alternativa de proyectos
15 utilizando técnicas estables y mutuamente reconocida para hacerlo, deben ser
16 presentados frente o conjuntamente con la demanda y la contestación durante el
17 requerimiento de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema.

18 Un análisis de los daños causados por obras públicas o aún privadas
19 realizadas unilateralmente no es suficiente, ni siquiera para la aplicación del principio
20 precautorio. Debe ser completado con el análisis de las políticas alternativas para
21 prevenir las los riesgos catastróficos.

22 Según la afortunada frase de Röpke "*la economía es la ciencia de las*
23 *alternativas*" es decir sólo pueden valuarse asignaciones alternativas de recursos,
24 asignaciones alternativas de derechos y finalmente análisis de los proyectos
25 alternativos en obras públicas. La idea de evitar un daño es mucho más fuerte
26 socialmente que la de obtener un beneficio.

1 Esta situación se agrava cuando el problema es inter jurisdiccional, es
2 decir las obras deben realizarse dentro de una jurisdicción y a su costo para evitar
3 daños en otra jurisdicción que se verá beneficiada por ellas.

4 Dentro de la estructura del gobierno Federal la función de determinar
5 la importancia de los costos y beneficios de cada obra es justamente una función de la
6 autoridad inter jurisdiccional.

7 Esa es la función que concedió la constitución a la Corte Suprema al
8 establecerse la jurisdicción originaria. Es decir, una función asimilable a la de un
9 árbitro ante los conflictos interprovinciales.

10 Como ya fue señalado esta función no puede cubrirse solamente entre
11 por medio de negociaciones entre los gobiernos provinciales debido a los altos costos
12 transacciones que una negociación de ese tipo llevaría a cabo.

13 La tarea adicional en este caso supone descontar el costo actual frente
14 al costo futuro, es decir establecer un análisis del costo futuro que permita determinar
15 en qué medida el costo actual, es decir las obras a realizar sea aceptable frente a un
16 costo futuro mucho más elevado es decir las inundaciones en regiones altamente
17 productivas ubicadas en otra provincia.

18 **III.5.- LAS DECISIONES PUBLICAS FRENTE A LOS RIESGOS**
19 **CATASTROFICOS.**

20 La probabilidad que existe una catástrofe en función del intervalo de
21 tiempo bajo consideración. Es decir las inundaciones son recurrentes en el tiempo pero
22 no se conocen con exactitud en los años ocurrirán.

23 Una regulación debe tener presente el intervalo de tiempo en que puede
24 ocurrir.

25 Este análisis de costo-beneficio es el que establece una determinación
26 posible de la manera que se puede calcular el daño posible de la catástrofe y la

1 extensión del costo que permita eliminar sus efectos.

2 La primera distinción que debe efectuarse es determinar con claridad
3 cuando las catástrofes naturales existen si existe una tecnología que pueda prevenirlas.

4 Distinguiéndolas de aquellas catástrofes naturales o aún causadas por
5 la mano del hombre cuyos efectos no pueden limitarse o pueden limitarse sólo
6 parcialmente.

7 El siguiente tema analizar quién debe regular la prevención que las
8 catástrofes. Si se trata de un acuerdo entre provincias afectadas como es este caso la
9 existencia de un órgano interprovincial parecería ineficaz. Porque a pesar que una
10 negociación bilateral podría dar resultados, esto todos sólo se obtendrían en el caso de
11 que se redujeran considerablemente los costos de transacción para que la negociación
12 sea exitosa.

13 Ahora para reducción de costos de transacción se requiere la presencia
14 de alguna autoridad que impida juegos oportunistas o al menos las dificultades propias
15 de negociaciones donde los datos, donde la determinación de los datos es tan compleja.

16 De esta manera la primera función sería la del gobierno nacional de
17 actuar en la reducción de costos transacción para permitir así una negociación exitosa.

18 Según alternativa es que el gobierno nacional alguna regulación directa
19 al respecto y para ello debería ser rojo a través del análisis de situaciones alternativas
20 en la utilización de los recursos, a través de un análisis de costo-beneficio de los
21 diferentes alternativas regulatorias.

22 Una tercera alternativa basada en la imposibilidad de obtener un
23 acuerdo interprovincial siguiente, es decir que ponga las partes en una situación mejor
24 la que se encontraban anteriormente, y con una asignación de recursos preferible a las
25 alternativas existentes es que la regulación sea producto de una negociación entre las
26 provincias afectadas dentro el marco de una de un proceso judicial.

1 De esta manera un juez puede homologar un acuerdo entre las partes si
2 ha logrado reducir considerablemente el costo de transacción para obtener una
3 negociación satisfactoria; o estableciendo en una sentencia la solución a la que las
4 partes viene entregado si los costos transacción hubieran sido muy reducidos.

5 La ventaja la solución judicial es que permite a las partes que agar a una
6 solución que más favorezca su preferencias. Cada una de las partes tienen mejor
7 conocimiento de lo que espera obtener de la negociación y de esta manera la solución
8 no es impuesta sino el resultado de una negociación que permite a cada parte acercarse
9 a sus preferencias originales.

10 Para el inicio de una manera sistemática los riesgos catastróficos el
11 primer paso es analizar todo los datos técnicos necesarios y determinar en lo posible
12 la probabilidad de cada riesgo particular.

13 Éstas en la tarea muy compleja, primero por que toda información será
14 necesariamente incompleta, particularmente cuando las circunstancias que rodean a un
15 riesgo catastrófico hacen a la búsqueda de información un esfuerzo costosos y
16 técnicamente complejo.

17 Pero al mismo tiempo la información será necesariamente sesgada y
18 asimétrica según el sector que la provea.

19 Existen generalmente costos muy elevados para acceder al información
20 en circunstancias de desastres naturales el siguiente paso es el del análisis de costo-
21 beneficio sobre las respuestas alternativas al riesgo que se busca evitar.

22 Sin duda el análisis de costo-beneficio no es el único procedimiento en
23 el caso que se busque una respuesta a los riesgos catastróficos, pero es un paso
24 indispensable dentro de un marco de decisión racional en todas las áreas de regulación
25 gubernamental.

26 **(i) Principio precautorio y Aversión al riesgo.**

1 Las respuestas efectivas frente a riesgos catastróficos son generalmente
2 muy o extremadamente costosos y sería irracional tomar ese tipo de respuestas sin una
3 estimación técnica de los costos y beneficios.

4 La aplicación del principio precautorio no es una alternativa
5 satisfactoria al análisis de costo-beneficio.

6 Es en términos de protección del medio ambiente una versión muy
7 difundida de la tradicional aversión al riesgo, habitual en el pensamiento social.

8 La aversión al riesgo concede un peso muy elevado al efecto negativo
9 de situaciones donde los riesgos son en general desconocidos.

10 Su efecto es magnificar algunos costos y por lo tanto hacer
11 extremadamente costosa la protección del medio ambiente en circunstancias donde los
12 beneficios de esa política no están claramente determinados.

13 Por lo tanto el principio precautorio debe ser analizado dentro del marco
14 de costo-beneficio de tal manera obtener la solución entre las alternativas existentes
15 dentro de costos socialmente aceptables.

16 Es decir, la situación frente a una catástrofe como la inundación
17 permanente de sectores rurales altamente productivos tiende a llevar a la sobre
18 regulación. Esto supone lo señalado por Sunstein "*la regulación mediante anécdotas*".

19 Es decir tomar decisiones sin tener debidamente en cuenta las
20 alternativas posibles que permitan menores costos y mayores beneficios.

21 La imagen la inacción gubernamental lleva a una fuerte impopularidad
22 de los gobiernos lo que es generalmente inadmisibile en sociedades democráticas.

23 Por ese motivo hay un incentivo a la sobre actuación o por lo menos a
24 las actuaciones en contra del una política de análisis racional de las alternativas. La
25 valuación popular de una catástrofe es diferente de la valuación técnicas y la
26 consecuencia frente a los riesgos catastróficos es el de la sobre regulación.

1 La aversión al riesgo implica una actitud asimétrica frente a las
2 ganancias y las pérdidas. Probablemente debido a la disminución de la utilidad
3 marginal ingresos la mayor parte de las personas valoran mucho más una pérdida
4 frente a la hipótesis de una ganancia no obtenidas.

5 Esta situación de aversión al riesgo es uno de los fundamentos del
6 principio precautorio. La idea es de evitar un daño es mucho más fuerte socialmente
7 que la de obtener un beneficio.

8 Por ese motivo en muchos casos existe una sobre regulación para evitar
9 un riesgo sin un análisis técnico de las alternativas posibles.

10 Sin duda una de las situaciones complejas en la regulación de daño
11 catastróficos como los analizados en el presente caso es que los gastos para prevenirlos
12 deben realizarse en la actualidad mientras que los beneficios se obtendrán a lo largo
13 del tiempo.

14 De esta manera las obras para prevenir inundaciones deben realizarse
15 en la actualidad mientras que los beneficios provenientes de una mejor producción
16 agropecuaria se valorarán en el futuro. Por esta razón es probable que se dilate una
17 obra pública necesarias simplemente por el hecho que debe afrontarse en el presente y
18 los beneficios se obtendrán no inmediatamente si no dilatados en el tiempo.

19 Estas situaciones son propias del análisis del cambio climático cuando
20 los costos para prevenir los daños deben realizarse en forma inmediata para beneficios
21 que serán dilatados en el tiempo.

22 **III.6.- LA REGULACIÓN A TRAVÉS DEL LITIGIO (“*regulation*
23 *by litigation*”)**

24 En el presente caso una de las partes recurre a la Corte Suprema para
25 buscar la solución a un diferendo que trasciende las características de un litigio
26 habitual.

1 Uno de los aspectos que V.E. deberá decidir es el de si el río Salado
2 debe ser considerado como un bien común a las provincias de Buenos Aires y Santa
3 Fe o si, en cambio, alguna de tales provincias tienen un derecho de propiedad, en
4 sentido económico, sobre el mismo. Se trata, entonces, de un supuesto de regulación a
5 través del litigio.

6 La regulación puede establecerse a través de la imposición de normas
7 por partes de una autoridad central, mediante la negociación entre las partes o través
8 de una sentencia judicial.

9 En el presente caso, no es posible, por razones constitucionales, acudir
10 a la adopción de una decisión unilateral del Congreso de la Nación.

11 Por otra parte, la negociación entre las partes, por los elevados costos
12 de transacción involucrados, no resolvió de manera efectiva el diferendo.

13 Por lo tanto, resulta indispensable que la sentencia que dicte la Corte
14 Suprema defina los derechos de las partes y, de esa manera, establezca la regulación
15 que las regirá en lo sucesivo. (sobre la regulación a través del litigio, véase Andrew P.
16 Morriss, Bruce Yandle, y Andrew Dorchak, *Regulation by Litigation*, New Haven y
17 Londres: Yale University Press, 2009, *passim*; *íd.*, “Regulation by Litigation”, *Engage*,
18 9(1) (2008): 109-118; W. Kip Viscusi, “Overview”, en *Regulation through Litigation*
19 (Washington DC: Brookings Institution Press, 2002), W. Kip Viscusi, ed., 1-21).

20 Diferendos como el actual, pueden parecer insolubles, por sus altos
21 costos de transacción, sea porque incluyen a muchos actores, o porque se refieren a
22 cuestiones interjurisdiccionales o porque afectan a importantes grupos de interés.

23 Son también habituales los casos con un alto contenido emocional. Los
24 que incorporan elementos como soberanía territorial, usos alternativos de los recursos
25 naturales y enfrentamientos políticos entre estados o provincias.

26 En este tipo de casos, suele plantearse un problema grave, originado por

1 la complejidad y asimetría de la información, es decir, las partes poseen diferentes
2 niveles de información.

3 Cuando ello ocurre, la solución judicial aparece como eficaz, no porque
4 el juez posea mayor información a la de un posible regulador centralizado, sino por las
5 características dialógicas del proceso judicial. Este permite analizar y comparar en
6 forma igualitaria la información provista por las partes.

7 De ese modo, el diálogo de las partes frente al juez constituye una
8 herramienta para disminuir los costos de información, con lo cual se reduce la
9 probabilidad de que la parte que cuenta con mejor información o más poder pueda
10 asumir una actitud oportunista frente a la contraria.

11 En sí mismo, ello puede facilitar una negociación entre las partes. Pero,
12 en la hipótesis de que se alcance una solución entre las partes, el juez estará en
13 condiciones de establecer la norma para regular la relación entre las partes.

14 El carácter dialógico del proceso judicial presenta dos ventajas
15 relevantes en este contexto.

16 En primer lugar, ofrece un ámbito de participación efectiva de las partes
17 en el proceso de adopción de la regulación, se satisface la idea que una norma legítima
18 es aquella que un agente se impone a sí mismo.

19 En segundo lugar, al contar con suficiente información, el juez podrá
20 adoptar una decisión cuyo resultado sea equivalente al que hubieran llegado las partes
21 de no existir los costos de transacción que impidieron la negociación en primer lugar.

22 Finalmente la decisión razonable del juez es la de adoptar a través del
23 análisis de costo beneficio la asignación de los recursos que aseguren el bienestar
24 general.

25 Este bienestar se obtiene cuando se asignan los recursos de manera de
26 obtener los mayores beneficios posibles frente a los costos asumidos. Una asignación

1 de recursos que reduzca la riqueza de la población se transforma en una considerable
2 reducción del bienestar general.

3 En los siguientes apartados, indicaremos qué factores deberán ser
4 tenidos en cuenta por la Corte Suprema para llevar adelante en forma adecuada un
5 análisis de costo-beneficio con respecto al conflicto planteado en el caso.

6 En lo esencial, se trata de determinar quién debe afrontar los costos
7 derivados de las inundaciones, lo cual incluye la necesidad de realizar nuevas obras de
8 infraestructura, terminar las ya iniciadas o, incluso, modificar o destruir las ya
9 cumplidas.

10 En línea con lo anterior, Cass Sunstein sostiene que el regulador debe
11 identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos, y procurar
12 cuantificar los efectos relevantes, en la medida en que ello sea posible.

13 Si ello no fuera posible, el regulador deberá evaluar los efectos
14 relevantes en términos cualitativos, intentando especificar un rango de resultados
15 plausibles. Sin embargo, Sunstein aclara que la descripción cuantitativa de los efectos
16 relevantes no debe reemplazar, sino que debe complementar, a la descripción
17 cualitativa.

18 Esta última debe permitir, ante todo, identificar en la forma más
19 concreta posible quiénes serán los beneficiarios, y quiénes los perjudicados, con la
20 regulación.

21 Finalmente, el regulador debe hacer un esfuerzo para convertir los
22 valores no monetarios en su equivalente en dinero. Ello promueve la coherencia y
23 uniformidad, y permite ordenar prioridades de manera sensata.

24 La monetización, aclara Sunstein, es únicamente una herramienta
25 pragmática para guiar el análisis, y para dar lugar a comparaciones informadas. (Véase

1 Cass R. Sunstein, “Cognition and Cost-Benefit Analysis”, Journal of Legal Studies,
2 29 (2) (2000): 1059-1103).

3 Con el fin de realizar el análisis de costo-beneficio, la Corte deberá
4 determinar cuáles son los factores relevantes que ingresan en la ecuación.

5 En tal sentido, deberá identificar y, en la mayor medida posible,
6 mensurar, el impacto que la modificación de obras de infraestructura tendrá sobre: (i)
7 el medio ambiente en dicha región, (ii) la irrigación de cultivos y otras actividades
8 económicas, (iii) el uso recreativo que hacen los habitantes de la zona, (iv) la industria
9 turística, (v) el acceso de los pobladores al agua. Finalmente, se deberá computar (vi)
10 el costo de las obras de infraestructura necesarias para prevenir futuras inundaciones
11 o disminuir un impacto. Tales costos deberán ser comparados con los costos que
12 reporta la situación actual.

13 **IV.- PETITORIO.**

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

15 1.) Se tenga al Centro de Estudios en Derecho y Economía de la
16 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por presentado en la
17 presente causa como *amicus curiae*, y por constituido el domicilio legal indicado, así
18 como el domicilio electrónico ordenado por la Acordada 7/2013.

19 2.) Se tenga por presentado el presente memorial.

20 3.) Oportunamente, se tenga en cuenta los argumentos jurídicos
21 expuestos en el presente memorial,

22 **Proveer de Conformidad que,**
23 **SERA JUSTICIA.**