mar los agravios de la demandada sobre estos puntos, pues sus consideraciones sólo constituyen reiteración de las formuladas con anterioridad o, en el mejor de los casos, meras discrepancias con el criterio del sentenciante en la materia examinada, pero distan de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos que informan la sentencia y resultan, finalmente, ineficaces al fin perseguido (Fallos: 285: 19; 289:329; 305:1667; causa S.293.XX. "Sáenz y Marcó Empresa Constructora S.R.L. c/D.N.V. s/revocación de resolución", fallada el 6 de febrero de 1986 y sus citas, entre otros).

8º) Que, por lo demás, el agravio referente a que el pago de los honorarios del actor estaba sujeto a la condición de que el Banco Hipotecario Nacional otorgara los créditos que posibilitaran la realización de las obras, no fue planteado ante la Cámara en el escrito de fs. 646/655. En tales condiciones, resulta de aplicación al caso la jurisprudencia de esta Corte Suprema según la cual es improcedente considerar en esta instancia cuestiones no sometidas a la decisión de los tribunales inferiores (Fallos: 263:219; 270:323; 305:724).

Por ello, se declara improcedente el recurso de apelación interpuesto.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

PROVINCIA DE LA PAMPA v. PROVINCIA DE MENDOZA

RIOS.

Debe reconocerse el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del río Atuel.

TERRITORIOS NACIONALES.

El concepto de territorio supone una división administrativa de la Nación, sometida temporariamente a la jurisdicción y legislación del go-

bierno federal y destinada a convertirse en provincia autónoma una vez satisfechas las exigencias que la ley respectiva impone. Es de su esencia, parece evidente, la condición temporaria y su potencialidad latente para incorporarse a las unidades autónomas del régimen federal.

RIOS.

El carácter de río no navegable no empece a la condición de bien del dominio público.

RIOS.

Ni los fundamentos del proyecto de ley 12.650 ni las manifestaciones vertidas en las sesiones parlamentarias correspondientes hacen suponer el reconocimiento, siquiera implícito, de que el río Atuel fuera interprovincial o de que, al legislar sobre el tema, se comprometieran eventuales derechos del entonces territorio de La Pampa, sometido a la jurisdicción del Estado nacional.

RIOS.

Tanto las autoridades nacionales como las provinciales y, en particular, los integrantes del Congreso de la Nación que intervinieron en la preparación y discusión de la que sería la ley 12.650, 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.

RIOS.

Tanto las autoridades nacionales como las provinciales consideraron el río Atuel como interior de la Provincia de Mendoza, y la participación del gobierno federal resultó, en todo caso, encuadrada en el marco de las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución, más que derivada del ejercicio de las que le confería la legislación sancionada sobre la base del inc. 14 de esa cláusula constitucional.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El art. 109 de la Constitución Nacional supone conferir al más alto tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La adjudicación a la Corte de las causas pertinentes, por el art. 109 de la Constitución Nacional, está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre las provincias.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La Constitución (art. 109) quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias tuviesen un juez común para sus contiendas de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El delicado equilibrio del sistema federalista que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requería que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

En el estudio de los antecedentes norteamericanos es donde pueden encontrarse los fundamentos de la intervención de la Corte como árbitro final de los conflictos entre las provincias (art. 109 de la Constitución) y la naturaleza misma de los alcances de aquélla.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 de la Constitución Nacional, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una "causa civil" en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa

competencia, por ejemplo la ley 48 y el decreto-ley 1285/58, y tal como lo concibió la jurisprudencia de la Corte, ni una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La competencia originaria de la Corte en los casos del art. 109 de la Constitución Nacional requiere tan solo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía. Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los Estados, requieren para su solución que se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

En principio, el derecho aplicable a los litigios a que se refiere el art. 109 de la Constitución Nacional será el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina "common law federal" y el derecho internacional público.

RIOS.

No es admisible la pretensión de aplicar las restricciones al dominio que consagra el Código Civil, a bienes del dominio público, para decidir un conflicto interprovincial en materia de aprovechamiento y regulación de aguas de un río.

ACCIONES POSESORIAS.

La acción turbatoria de la posesión parece inconciliable con las cosas que forman parte del dominio público del Estado y que, por consiguiente, están fuera del comercio (art. 2400 del Código Civil), y tal principio no resulta invalidado ni siquiera en el supuesto de admitirse defensas posesorias derivadas de relaciones nacidas del ejercicio de derechos reales administrativos como la concesión y el permiso.

PROVINCIAS.

En definitiva, la garantía constitucional de la igualdad entre los estados que forman una federación, no importa la igualdad económica.

RIOS.

La decisión de una provincia, de respetar los usos consuntivos "efectivos" y "actuales" de las aguas de un río por otra provincia, supone, naturalmente, limitar el reconocimiento a aquellos que resulten nacionales a la luz de los sistemas de riego existentes. Supone, también, que en esos límites no importan turbación del derecho de aquella provincia.

RIOS.

Habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente un notorio mal uso de la red de riego mendocina del río Atuel, 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 por la Provincia de La Pampa de los 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 la Provincia de Mendoza.

RIOS.

La cuenca hidrográfica se caracteriza como una unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común, y esa noción de unidad adquiere relevancia jurídica, con un sentido funcional, en cuanto corresponde a las realidades humanas.

RIOS.

El principio de la utilización equitativa, fundamental del régimen de los cursos de agua internacionales, se traduce en el derecho de los Estados a una participación razonable y equitativa en los usos y beneficios de las aguas del curso de aguas internacionales.

RIOS.

La aplicación del principio de la utilización equitativa difícilmente puede resultar de la conducta individual de uno de los Estados del sistema, en razón de que no existen normas genéricas aplicables automáticamente a los distintos cursos de agua y a las distintas cuestiones que con relación a cada uno de ellos puedan plantearse.

RIOS.

La determinación de lo que constituye un uso "equitativo" y "razonable" de un curso de agua exige valorar una serie de circunstancias propias de cada caso, que no pueden ser comprendidas en una definición conceptual

absoluta. Aquella determinación se asienta en una serie de principios generales.

RIOS.

El derecho a una participación "equitativa" y "razonable" en el uso de un curso de agua, obsta a que la anterioridad en la utilización confiera al Estado del uso prioritario, un derecho inconmovible. Los usos existentes no deben convertirse en un impedimento definitivo que frustre el desarrollo económico de los Estados ribereños postergados en el uso. Pueden ellos aspirar a un uso nuevo y beneficioso, ejerciendo un derecho propio, aun si con la nueva utilización se interfiere con alguna utilización anterior. Ha de considerarse que ejercen un derecho propio si la nueva utilización se ajusta a una equitativa distribución y el uso anterior en otro Estado excede la participación que a este último corresponde.

RIOS.

La armonía 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.

RIOS.

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 procedimiento y, en última instancia, para lograr y preservar una distribución de los usos y beneficios del curso de aguas.

RIOS.

La unidad natural de cada sistema de un curso de agua internacional determina la unidad de propósitos que los Estados del sistema deben mostrar con espíritu de "buena fe" y de "relaciones de buena vecindad". Resulta inherente a este concepto jurídico la necesidad y la obligación de que los Estados del sistema cooperen en la utilización y en la participación de un curso de agua internacional de manera razonable y equitativa.

RIOS.

La cooperación de los Estados en la utilización y en la participación de un curso de agua internacional ha de procurarse a través de negociaciones que, para cada caso concreto, precisen cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada Estado y, de ser conveniente,

determinen cuáles 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.

RIOS.

La obligación de negociar de los Estados de un curso de aguas internacional consiste no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concretar acuerdos, aun cuando la obligación de negociar no implica la de llegar a un acuerdo.

RIOS.

La negociación de los Estados de un curso de agua internacional no podría reducirse a exigencias puramente formales, como la de tomar nota de las reclamaciones, protestas o disculpas presentadas por el Estado del curso inferior.

RIOS.

El desplazamiento de las aguas por el territorio de un Estado al territorio de otro Estado, considerado a la luz de los cambios incesantes de la cantidad de agua disponible como consecuencia de las variaciones del ciclo hidrológico y de la necesidad de una cooperación plena y amistosa entre los Estados para la mejor utilización de este recurso natural esencial, constituye una situación especial —una realidad, una condición natural única— que sólo puede regularse mediante acuerdos entre los Estados del sistema como resultado de negociaciones celebradas de buena fe.

RIOS.

Para resolver lo referente a la utilización de las aguas del río Atuel por las provincias de La Pampa y Mendoza, es menester tomar en consideración las normas que pueden ser asumidas como costumbre en el derecho internacional, y los principios vertidos en diversas convenciones, resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de la comunidad internacional y los propios criterios de nuestro país, reflejados normativamente, en cuanto presuponen el carácter de recurso natural compartido de los cursos de agua internacionales y afirman el concepto de una participación equitativa y razonable.

RIOS.

En ejercicio de la facultad que confiere a la Corte el art. 109 de la Constitución Nacional, corresponde declarar que el río Atuel es interprovincial y que el acuerdo celebrado entre el Estado nacional y la Provincia de

Mendoza el 17 de junio de 1941 no tiene efecto vinculatorio para la Provincia de La Pampa.

RIOS.

En ejercicio de la facultad que confiere a la Corte el art. 109 de la Constitución Nacional, corresponde rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa contra la de Mendoza y la pretensión de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida en la sentencia.

RIOS.

En ejercicio de la facultad que le confiere el art. 109 de la Constitución Nacional, la Corte exhorta a las provincias de La Pampa y Mendoza a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de su sentencia.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El art. 109 de la Constitución Nacional confía a la Corte Suprema una función esencial al establecer que "ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia, sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella" (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Mediante las quejas que prevé el art. 109 la Constitución Nacional ordena que la Corte resuelva aquellos conflictos entre los estados provinciales que no tienen solución dentro de cada provincia, ni en el ámbito de la justicia nacional, tal como éste es delimitado en el art. 100 de la Ley Fundamental, ni en la esfera de competencias de otros poderes como es el tema del art. 67, inc. 14, de aquélla (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Las quejas que prevé el art. 109 de la Constitución Nacional tienen un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo

conocimiento también corresponde de manera originaria a la Corte. No se trata de una "causa civil" en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia y tal como la concibió la jurisprudencia de la Corte (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La competencia originaria de la Corte en las quejas que prevé el art. 109 de la Constitución Nacional requiere tan solo la existencia de un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Tan enfática como la prohibición a las provincias de declarar o hacer la guerra a otra es el establecimiento de su remedio substituto. La Corte tiene asignado por el art. 109 de la Constitución Nacional la potestad de dirimir los conflictos entre diferentes provincias producidos como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La competencia de la Corte en el caso del art. 109 de la Constitución Nacional nace de la sola existencia de la queja que se le somete. No requiere, para su pleno ejercicio, de la conformidad de las partes, ni éstas pueden limitarla ni encausarla del modo que se convierte o delimita los poderes de un árbitro (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FEDERALISMO.

En tanto la Nación Argentina ha acordado para su gobierno la forma federal, los estados provinciales concurrentes a los pactos preexistentes y los representantes del pueblo de la Nación que han decretado la Constitución Nacional han establecido una unión indisoluble. Dentro de tal unión indisoluble no es admisible que pleitos que no tendrían sino solución por la vía vedada de la guerra interprovincial, queden sin decisión, sin que tal unión devenga por ello ilusoria (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

La atribución del art. 109 de la Constitución Nacional tiene cierta similitud con el arbitraje internacional, lo cual induciría a ver un indicio de

soberanía. Pero la diferencia está en esto: que el arbitraje internacional presupone consentimiento de las entidades que a él se someten, al paso que en el sistema de la Constitución, el arbitraje está impuesto a las provincias (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Si la Constitución Nacional (art. 109) ha confiado la decisión de las quejas interprovinciales a la Corte, que es un tribunal de justicia, aunque la tarea encomendada no sea de aquellas propias de los jueces (confr. art. 100 de la Constitución) cabe inferir que al preferir, de entre los poderes supremos del Estado, en este caso, al que por sus funciones ordinarias está constantemente abocado a tomar decisiones fundadas en derecho, ha deseado que sean en el ámbito del derecho que las quejas interprovinciales sean resueltas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El fundamento normativo de la solución en las quejas interprovinciales (art. 109 de la Constitución Nacional) sólo podrá surgir de modo directo de la Constitución, en la que aquella institución halla origen (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

A efectos de la solución de las quejas interprovinciales (art. 109), la Constitución Nacional proporciona algunas guías que, por generales, no son menos seguras, como son las que surgen de su Preámbulo, en especial, para el caso, el constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general. A esta guía normativa deberán los magistrados agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

En la solución de las quejas interprovinciales (art. 109 de la Constitución Nacional) es admisible que se recurra a la sabiduría que atesoran el derecho comparado, el derecho internacional público y la legislación dictada por el Congreso Nacional. Dentro del derecho comparado ocupa por razones históricas un lugar destacado aquel emanado de los Estados Unidos de América, cuya Constitución ha inspirado la nuestra. Pero debe

enfáticamente señalarse que este recurso a la sabiduría jurídica no implica la aplicación analógica ni supletoria de normas, sino que aquél se integra a través de la razón, el conocimiento y demás factores (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Dirimir no es juzgar, y por ello es función que si el art. 109 de la Constitución Nacional confirió a los jueces lo fue en razón no de la índole de la tarea sino de una preferencia del constituyente en el reparto de tareas que efectuó (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El art. 109 de la Constitución Nacional, que crea este peculiar y precioso sistema para "ajustar, fenecer, componer" controversias entre provincias, asegurando así la paz interior, tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. La toma Alberdi de la constitución de Mora Granade y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leve variante en un término.

PROVINCIAS.

Las provincias no pueden celebrar tratados entre sí, si no es acerca de los objetivos netos y explícitos determinados en la Constitución (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

Las provincias no tienen personería para discutir sus diferencias políticas por su propia autoridad; en consecuencia, sus cuestiones deben ser sometidas al gobierno federal, deben ser sometidas a alguna autoridad superior que prevenga las conflagraciones armadas y esa autoridad no puede ser otra que la Corte Suprema (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

El art. 109 de la Constitución Nacional es fruto de nuestros antecedentes; está impuesto por nuestra luctuosa historia civil; sin él la tranquilidad del país peligraría y, como sabemos, ha sido uno de los primordiales objetivos que la Constitución se propuso alcanzar (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo; no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible, pero de estados indestructibles (arts. 13 y 67, inc. 14) (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION.

La interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer en el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RIOS.

La resolución 50/49 de la Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, enmarcada en el régimen de la ley 13.030, importó el reconocimiento por parte de la dependencia técnica nacional, del carácter interprovincial del río Atuel que, antes de la utilización de sus aguas por la provincia de Mendoza, llegaba al noroeste pampeano (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RIOS.

La determinación de los derechos relativos de las provincias respecto del uso de aguas que las atraviesan no depende de las mismas consideraciones, ni está gobernada por las mismas reglas que se aplican para la solución de cuestiones similares de derecho privado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RIOS.

En el conflicto entre dos provincias de un mismo Estado nacional por el uso de las aguas de un río corresponde hacer referencia a algunas reglas generales en la materia que, fundamentalmente, se inspiran en el principio sustancial de derecho que impide a un Estado miembro de la comunidad internacional dañar a otro. Todo perjuicio importante que se traduzca en una disminución sensible del volumen o la calidad de las aguas debe ser evitado, toda obra o proyecto que pueda llegar a afectarlas tiene que ser puesta en conocimiento del Estado o los Estados respectivos y su uso debe ser equitativo y razonable (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RIOS.

La mera prioridad cronológica en el uso de las aguas de un río por una de las provincias no debe necesariamente prevalecer sobre los factores que conforman las reglas generales que presiden el concepto de utilización equitativa (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

TERRITORIOS NACIONALES.

Los tratados celebrados por la Nación, en tiempos en que La Pampa era territorio nacional y que resultan perjudiciales a los intereses del actual estado provincial no le son oponibles (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

Si al considerar la queja interprovincial (art. 109 de la Constitución Nacional) resulta que el cabal reconocimiento de los derechos de la Provincia de La Pampa sobre las aguas del río Atuel sería de una excesiva onerosidad en relación al beneficio que significaría para ella, debe reconocerse su pretensión en una medida que armonice la totalidad de intereses en juego (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Quejas interprovinciales.

Para la solución de una queja interprovincial (art. 109 de la Constitución Nacional) la Corte debe atender prioritariamente a los intereses de los estados comprometidos y de sus comunidades en el marco de la unión nacional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

Al decidir la queja interprovincial (art. 109 de la Constitución Nacional) por el uso de las aguas del río Atuel, cabe instar a las provincias

en conflicto a integrar un ente administrativo con representantes de ambas, a los efectos de cumplir con lo que la Corte decide y de estudiar y disponer empresas futuras de aprovechamiento de la cuenca (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

Los derechos de la Provincia de La Pampa sobre las aguas del río Atuel, que motivaron la queja interprovincial (art. 109 de la Constitución Nacional) y que no pueden hoy satisfacerse sin serio perjuicio económico, podrán ser replanteados de producirse mejoras en la ciencia y la tecnología que hagan desaparecer la excesiva onerosidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de diciembre de 1987.

Vistos los autos: "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos", de los que

Resulta:

I) Que la Provincia de La Pampa inicia demanda contra la de Mendoza a fin de que se la condene a no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y para que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias.

Expresa que el proceso de aprovechamiento intensivo e inconsulto de los ríos interjurisdiccionales en la zona sur del territorio de la Provincia de Mendoza, con el consiguiente trastorno en el régimen de escurrimiento del Atuel, se intensificó en el siglo actual y destaca una serie de hechos que causaron esos efectos, entre los cuales, señala principalmente, la construcción del dique El Nihuil. Tras la finalización de esta obra, en el año 1948, desaparecieron los caudales que llegaban a jurisdicción pampeana con la continuidad y perennidad que tipifican el concepto de río, pese a lo cual las aguas inundan el viejo cauce en forma periódica tal como lo demuestran los antecedentes que invoca.

Señala que se realizaron un sinnúmero de gestiones, tanto privadas como públicas, para recuperar el recurso y, entre las primeras, las que trajeron aparejado el dictado de la resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica que disponía sueltas periódicas de agua hacia territorio pampeano y que, pese a los reclamos que efectuaron tanto las autoridades como las fuerzas vivas provinciales, nunca llegó a cumplirse.

Las gestiones oficiales fueron también intensas y se iniciaron hacia 1949 cuando La Pampa era aún territorio nacional y se mantuvieron permanentemente determinando una serie de decisiones de las autoridades federales de las que infiere su reconocimiento de la condición interprovincial del río.

Esta condición, afirma, ha sido negada por la Provincia de Mendoza, pero su tesis de que solamente en forma esporádica ha llegado al territorio pampeano es contradecida por los antecedentes geográficos, históricos, geológicos, agronómicos, hidrológicos y legislativos y la opinión de destacados especialistas, de imparcialidad inobjetable, como son aquellos a quienes encargó estudios sobre el tema, cuyas conclusiones principales se volcaron en un acta redactada en la Casa de La Pampa, sita en esta Capital, el 12 de septiembre de 1979. Esas conclusiones acreditan la interprovincialidad, la forma en que el régimen del río fue alterado por el uso y la posibilidad de revertir ese proceso mediante la recuperación de caudales y la mejora del sistema de riego en Mendoza (ver fs. 19 vta./30). Distintos antecedentes que mencionan ratifican estos conceptos.

En otro orden de ideas, describe las consecuencias del cese de los escurrimientos en territorio de La Pampa y recuerda cómo la "extraordinaria irrigación de la zona había dado vigor a todo el oeste pampeano" (fs. 32), lo que se vio afectado por los aprovechamientos inconsultos y la construcción del dique El Nihuil con el consiguiente retraimiento demográfico y económico.

Pasa luego a considerar el derecho aplicable. En ese sentido sostiene que las provincias gozan en nuestro orden constitucional de una absoluta igualdad a la que tuvo acceso La Pampa cuando fue provincializada. De ese principio deduce, siguiendo a Joaquín V. González, que en sus relaciones esos estados se rigen por las formas

y principios del derecho internacional público, como lo reafirman otras opiniones doctrinarias y la jurisprudencia de esta Corte. Aquellos principios prohíben usar abusivamente de un derecho alterando las condiciones de un recurso natural.

También nuestro derecho privado interno reconoce esas soluciones, por ejemplo, en los arts. 2645 y 2646 del Código Civil cuya constitucionalidad no ofrece dudas.

Por las razones antedichas es que "se puede afirmar que Mendoza ha abusado de su derecho, que en forma irracional y deficiente utiliza las aguas del río Atuel y que nunca ha respetado los principios de buena fe y que hacen a las buenas costumbres entre los vecinos", en violación a lo dispuesto por el art. 1071 de aquel texto legal. Todo ello justifica la acción de turbación posesoria iniciada que encuentra fundamento en normas como los arts. 2637, 2638, 2643, 2651, 2653 y los ya citados 2645 y 2646, pues "estas restricciones al dominio inspiran todo nuestro derecho hidráulico".

Pero también "existe un derecho federal que debe completarse con las decisiones de V.E. como viene acaeciendo con el derecho federal jurisprudencial hidráulico" (fs. 39 vta.) que ha surgido con los Estados Unidos de Norteamérica y cuyo caso más importante es la sentencia en el litigio entre los estados de Kansas y Colorado dictada en 1906 cuyos principales fundamentos comenta y sintetiza: 1) los Estados tienen un derecho igual a obtener los beneficios de las corrientes de agua naturales que dividen o atraviesan sus respectivos territorios; 2) esta doctrina recibe aplicación, cualquiera sea el sistema legal imperante en cada Estado, 3) de esa jurisprudencia nace un derecho común interestatal, concepto con que traduce la expresión *interstate common law.*

En el campo del derecho internacional que se nutre, según se expresa, de la opinión de los autores, se desarrollaron teorías aplicables al caso planteado ante el Tribunal. Desde opiniones hoy desechadas, como la que inspiró la doctrina Harmon, se fue evolucionando como lo muestran las citas doctrinarias que se transcriben hasta la actualidad en la que "la conclusión definitiva, es de que en materia de ríos que atraviesan el territorio de un Estado, existen derechos y obligaciones recíprocas en la utilización de las vías de agua de interés

internacional y en caso de utilización concurrente, se impone el principio de participación equitativa de las aguas" (fs. 44).

Criterio como el que propugna ha sido el fruto de las reuniones de institutos científicos como el de Derecho Internacional que se refirió al tema en sus sesiones de Madrid (1911) Neufchatel (1959) y Salzburgo, donde se establecían los derechos y límites al uso de los ríos compartidos, la necesidad de la consulta y la aplicación de "la equidad teniendo en cuenta especialmente las respectivas necesidades" (fs. 45). También la Internacional Law Association se ocupó del tema en las sesiones de Edimburgo y Dubrovnik para aprobar, finalmente, en 1966, las llamadas Reglas de Helsinki. Si bien ambas instituciones son de carácter privado —continúa— su prestigio hace que sus conclusiones puedan ser consideradas como fuente de derecho en el sentido del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya.

Cita por último la jurisprudencia y las convenciones internacionales de las que extrae conceptos que apoyarían su reclamo y destaca la trascendencia del caso con relación a la posición internacional de nuestro país en materia de recursos naturales compartidos.

II) A fs. 201/203 la Provincia de Mendoza opone la excepción previa de defecto legal (art. 347, inc. 5º, del Código Procesal) por cuanto considera que el petitorio de la parte actora adolece de imprecisión en lo que hace al caudal o porcentaje del volumen de agua del río pretendido y en lo que respecta a la inclusión o no de la proveniente de los ríos Salado-Desaguadero y sus eventuales tributarios.

III) A fs. 460/462, la Provincia de La Pampa contesta el traslado conferido. En lo atinente a la primera de las observaciones arriba mencionadas afirma que su demanda está dirigida "a que se condene a la Provincia de Mendoza a no turbar la posesión que ejerce y le atañe a la Provincia de La Pampa, sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la resolución 50/49 de Agua y Energía y para que se reglen los usos compartidos entre ambas provincias dueñas del recurso". Su petición —agrega— "es clara y precisa y si alguien pretende que se establezca qué porcentaje de agua del módulo del río Atuel peticiona La Pampa, no quedan dudas que ello

es imposible determinarlo *a priori* y que surgirá de toda la prueba a producirse y máxime cuando su representada ha expresado reiteradamente que respetará los usos consuntivos efectivos actuales de la cuenca, caso contrario —concluye— "hubiese reclamado, directamente el 50 % de las aguas del río Atuel" (fs. 460/460 vta.). Más adelante, expresa: "La Provincia de La Pampa no pide ni pretende el 1 %, el 99 % o el 50 % de las aguas del río Atuel, sino lo justo, ni más ni menos", y finaliza rechazando el intento de vincular su reclamo con las aguas del Salado-Desaguadero.

IV) A fs. 510, el Tribunal desestimó la excepción planteada por entender que "las precisiones que efectúa la parte actora en su escrito de fs. 460/462 excluyen toda duda razonable en cuanto a los puntos debatidos".

V) A fs. 371/453, obra la contestación de demanda de la Provincia de Mendoza.

Tras algunas consideraciones de carácter general referidas al desarrollo del valle del Atuel en territorio mendocino, afirma que el río pierde su condición de tal aguas abajo de la localidad de Carmensa toda vez que no mantiene su perennidad. En ese sentido, dice que era originariamente tributario de la laguna de Llancanello y que desde fines de la década de 1910, al salir de los Andes e ingresar al pedemonte, aguas arriba de El Nihuil, se ha desviado parcialmente y al mismo tiempo hacia el norte y el sur; en el primer caso hacia la zona conocida como Piedras de Afilar y en el segundo escurriendo hacia Llancanello. Ese fenómeno, consecuencia del constante crecimiento de los conos de deyección, se agravó entre 1917 y 1933 y determinó que el curso del Atuel, en la zona de cultivos mendocina y consecuentemente en La Pampa, quedara sin aguas, por lo que el gobierno provincial, en colaboración con las autoridades nacionales, debió construir obras que son las que hoy permiten que el río llegue a la provincia actora. Destaca otros hechos, de origen natural, que han influido en la disminución de los caudales, entre ellos, la tendencia declinante de todos los ríos andinos.

Tras hacer comentarios sobre las gestiones que llevaron al dictado de la resolución 50/49 y refutar afirmaciones de índole hidroló-

gica o referentes al manejo de las aguas vertidas por la actora y los especialistas por ella contratados, entre otras las que aluden a la ineficiencia del sistema de riego, las pérdidas de caudales y las posibilidades de recuperación, hace particular mención a la ley nacional 12.650 y el contrato celebrado con el gobierno federal el 17 de junio de 1941, atribuyendo a este último la decisión política de afianzar el desarrollo del sur mendocino aun a sabiendas de que ello significaba privar de agua al territorio de La Pampa y transcribe la opinión de los parlamentarios que participaron en los debates originados por el proyecto de la que sería la ley 12.650.

Más adelante vuelve sobre este tema para afirmar, en lo sustancial, que la ley y el consiguiente contrato, celebrado por el gobierno federal entonces administrador del territorio de La Pampa, obligan a esta Provincia por los efectos del principio que rige la sucesión entre estados en el derecho internacional. La provincia que se constituye sobre la base de lo que era hasta entonces un territorio nacional —afirma— adquiere el status político y jurídico de las demás provincias, pero adquiere su territorio y sus recursos en las condiciones en que se encontraban y "La Pampa no puede impugnar, ni desconocer, ni incumplir un contrato que, celebrado por el estado federal bajo cuya jurisdicción exclusiva se hallaba su territorio a esa fecha (1941), afectó un río que acaso sería (según las pretensiones de la actora) interjurisdiccional (fs. 420 vta.). Otras consideraciones que efectúa sobre este tema unidas a la circunstancia de que el Poder Ejecutivo Nacional "estaba avisado, al firmar el contrato del 17 de junio de 1941, de que al construirse el dique del Nihuil no llegaría —sino excepcionalmente— más agua a La Pampa, reafirman la aplicabilidad actual a La Pampa de las estipulaciones de dicho contrato" (fs. 422/423).

En el desarrollo de su contestación, alude al concepto de igualdad entre las provincias para refutar la interpretación de la actora y reitera que el río Atuel no es interprovincial, desconociendo legitimación a la Provincia actora para efectuar su reclamo. Rechaza la procedencia de la acción posesoria intentada toda vez que el Código Civil es inaplicable a este litigio por las razones que invoca, entre ellas, las vinculadas al carácter de una demanda iniciada ante esta

Corte sobre la base de lo dispuesto en el art. 109 de la Constitución. Por lo demás, agrega, aun en la hipótesis de que se admitiera la aplicación de aquel cuerpo legal, la acción posesoria estaría prescripta y tacha de inconstitucional la interpretación que se hace de los alcances del art. 2646, como la que pretende reconocer en el gobierno nacional facultades para regular el uso de las aguas ya que su dominio pertenece a las provincias.

Más adelante se refiere a los principios de la distribución equitativa y razonable de las aguas en las cuencas interjurisdiccionales para destacar, en primer lugar, la prevalencia en el derecho internacional de las normas contractuales y, posteriormente, las reglas del derecho común interestadual norteamericano respecto de las cuales recuerda las establecidas en el litigio entre los estados de Kansas y Colorado, también citado por la actora, pero de las que extrae conclusiones diversas que favorecen su postura. Entre ellas, señala también las que disponen que deben protegerse las economías preexistentes, el respecto de los usos cronológicamente anteriores y los derechos adquiridos. Cita el caso de Nebraska c/Wyoming para reafirmar la preferencia por la prioridad y, al mismo tiempo, la pauta comparativa entre los usos previos y los más recientes.

En igual sentido, se refiere al derecho fluvial internacional y en particular a las Reglas de Helsinki que consagran el principio del uso equitativo y razonable y que en su art. V contiene los elementos orientadores de este concepto. Transcribe esos factores relevantes que, entiende, respaldan plenamente su derecho. Hace alusión al interés nacional y pide que se integre la *litis* con el Estado nacional el que se presenta y formula las breves consideraciones que expone el escrito de fs. 457/459.

Considerando:

1º) Que la Provincia de Mendoza ha sostenido en su escrito de responde que el río Atuel no es interprovincial y, por tanto, de su dominio exclusivo toda vez que, aguas abajo de la localidad de Carmensa, pierde la condición de perenne. Por consiguiente, no tiene, desde el punto de vista jurídico, la condición de río en razón de que la perennidad, que sería su elemento jurídicamente sustantivo, "está

directa e inexcusablemente ligada físicamente a los usos de las aguas. Ningún uso, que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal". Desde Ulpiano hasta la más moderna doctrina los autores han señalado esta condición necesaria.

El río Atuel, sostiene, era originariamente tributario de la laguna de Llancanello, que es una cuenca cerrada. Desde fines de la década de 1910, el río, al salir de los Andes e ingresar al pedemonte, aguas arriba de El Nihuil, se ha desviado hacia el norte formando bañados en la zona conocida como Piedras de Afilar y hacia el Sur, con su afluente, el Salado, escurriendo hacia Llancanello. De esa manera se produjo un crecimiento natural constante de los conos de deyección producto de la sedimentación del material sólido que arrastran las aguas. Ese fenómeno se agravó entre 1917 y 1933 y determinó que el curso del Atuel quedara casi sin aguas en la zona de cultivos y consecuentemente en La Pampa. En esas condiciones, el gobierno nacional en colaboración con el mendocino, construyó en las inmediaciones del paraje conocido como Las Juntas "importantes obras para reencauzar las aguas hacia su antiguo cauce". Estos trabajos fueron los que permitieron que hayan retornado a "sus cauces originales".

Por otra parte, cabe afirmar —dice Mendoza— que es una constante histórica la baja del módulo anual de los ríos andinos que produce ondas cíclicas descendentes del flujo de las aguas. Así lo reconoce el Ing. Pontussi, hoy asesor de La Pampa, en un informe que reproduce. Todavía en la actualidad el agua se infiltra y escurre subterráneamente al ingresar al pedemonte en la zona de Las Juntas en tal medida que los técnicos de la sociedad del Estado Agua y Energía Eléctrica estiman que las pérdidas son superiores al 35 % de ese módulo.

De tal manera, el río se pierde totalmente como curso superficial después de las tomas de San Pedro del Atuel, a la altura de Carmensa, donde existen los últimos cultivos hechos con sus aguas. Sin duda, pendiente abajo existen cauces en formación deltaica por los que a veces escurre hacia territorio pampeano con una perio-

dicidad media que es de menos de 4 meses cada 4 años. Esos cauces no son, por lo tanto, ríos en un sentido jurídico aunque lo sean para geomorfología.

2º) Que, con el propósito de acreditar la condición interprovincial del Atuel, La Pampa requirió de los peritos en geografía, hidrografía e hidrología, hidrogeología y fotointerpretación, información específicamente vinculada con el tema.

En ese sentido, es necesario analizar los respectivos dictámenes incorporados a la causa en cuerpos autónomos integrados al expediente. Los cuerpos XXXIV y XXXV contienen el dictamen del perito geógrafo Dr. Alfredo Siragusa, que informa sobre los puntos requeridos de manera exclusiva por la parte actora. En ese sentido, guarda particular atinencia con el tema en debate la contestación al punto pericial LP 101 (ver fs. 32/49, cuerpo XXXIV). En la determinación de la cuenca hidrográfica del Atuel, tras un extenso estudio de sus características que abarca la delimitación física, la supeficie atribuible, y la caracterización de las secciones en que la divide conforme a la ciencia geográfica y geormorfológica, concluye que: a) la cuenca del río abarca un total de 54.800 km² de los cuales 36.600 están ubicados en territorio mendocino y 18.200 en territorio pampeano; b) que la alimentación principal del río se produce en las cuencas superior y media, ubicadas en Mendoza; c) que el régimen del Atuel presenta fuertes oscilaciones y que los consumos de agua que se producen en el valle medio y primera parte del valle inferior llegan a comprometer totalmente sus caudales en épocas o ciclos de pobres precipitaciones, determinando que los cauces en La Pampa se sequen, situación que se modifica cuando las precipitaciones en la cuenca superior y media sobrepasan ciertos límites, que en tal caso, al no consumirse las aguas totalmente, fluyen a la provincia actora, y, finalmente, que ese flujo "dentro del territorio de La Pampa por las noticias existentes fue permanente" (fs. 49). Por otra parte, cuando se refiere a lo que denomina "valle inferior del Atuel" señala que el río cruza el paralelo 36º que divide a las provincias de Mendoza y La Pampa "llegando a unirse (sus brazos) dentro del territorio de esta última a cota 270 ms." y penetrando unos 170 kms.

3º) Que el peritaje geográfico contiene otras referencias de interés al comentar el informe preparado para la actora por el profesor Daus, en particular las atinentes al concepto de río expresado, desde luego, desde el punto de vista del conocimiento geográfico. En ese sentido, a fs. 4, al referirse al párrafo 16 del informe Daus, recuerda que al definir su concepto advierte sobre la variación de los caudales que pueden menguar hasta desaparecer casi totalmente sin que esto altere su perennidad, y agrega que "considera correcta esta interpretación aunque cree que puede llegar a desaparecer la visibilidad de las aguas durante tiempos más o menos prolongados, sin que deje de tener validez el topónimo de río". Más adelante, cuando contesta a las explicaciones requeridas por la demandada, destaca que la "denominación río no implica permanencia de agua en el cauce" (fs. 194).

4º) Que los peritos fotointérpretes, al igual que los hidrólogos e hidrogeólogos, debieron responder a igual pregunta formulada por La Pampa. Es oportuno hacer mención, en primer término, a su informe (cuerpo XXXII). Al contestar al punto LP 115, los expertos indican los límites de la cuenca hidrográfica en el plano II-I, que involucra zonas ubicadas en las dos provincias que da un total de 30.115 km², de los cuales 24.222 se encuentran en Mendoza y constituyen el 80% de ese total (fs. 19, 63 vta.). Por otra parte, para fijar la sección de cierre de cuenca, han tomado el seguimiento de una línea imaginaria que pasa por Paso de los Algarrobos, zona que está ubicada en territorio pampeano (fs. 19 vta.). En otro sentido, a fs. 62 vta. aventan las dudas que podía suscitar el uso del símbolo cartográfico de intermitencia y destacan que ese signo no alude al carácter natural del río sino a las condiciones de éste reflejadas en el material utilizado y que corresponden al período entre 1960 y 1978/79. Sus explicaciones de fs. 63/64 ilustran sobre las razones que dan lugar a la discrepancia en la superficie de cuenca que, en territorio pampeano, refleja el peritaje geográfico (18.200 km²) y su propio trabajo (5.880 km²).

5º) Que, por su parte, en las conclusiones de su informe pericial (cuerpo XVII, págs. 9/10, pregunta LP 104), los hidrólogos admiten como límites de la cuenca hidrográfica los que fijan los fo-

tointérpretes y califican al río como "un curso de agua definido"... "que comprende los territorios de la Provincia de Mendoza y de la Provincia de La Pampa" incluidos en el plano confeccionado por aquéllos, y afirman que "desemboca a través del arroyo La Barda en el río Salado-Chadileuvú, en las inmediaciones de Paso de los Algarrobos" (ver también, fs. 297, del cuerpo XVIII). Más adelante, refiriéndose a su cuenca de llanura, señalan que "agua abajo de la estación de aforo Paralelo 36º, ubicada a unos 12 kms. del mencionado paralelo, el río se abre en dos brazos, que alimentan una gran zona de bañados, para escurrir luego por un brazo único a la altura del paraje La Puntilla y alcanzar, finalmente y "con un caudal muy disminuido, a confluir con el Salado o Chadileuvú en la localidad de Paso de los Algarrobos" (fs. 22). A fs. 296 del cuerpo XVIII, al describir la delimitación de la cuenca, afirman que desde la localidad de El Sosneado hacia aguas abajo, se ha constatado la existencia de un "curso permanente" que ingresa a La Pampa para confluir, como ya se ha dicho, en el Paso de los Algarrobos con el Salado o Chadileuvú.

6º) Que igualmente vinculadas a la cuestión se presentan las conclusiones de los expertos al contestar el punto C1 propuesto de común acuerdo por las partes. Se requería "establecer el régimen hidrológico del río Atuel", ya sea en sus condiciones naturales o considerando los aprovechamientos realizados para verificar su comportamiento en determinados puntos geográficos, entre ellos el parelelo 36º que, como se sabe, fija el límite entre las dos provincias. A fs. 4 del cuerpo XVII afirman, con fundamento en los estudios realizados en el capítulo 10 de su trabajo (fs. 393/398, cuerpo XVIII), que la circulación de caudales en todo el tramo Rincón del Atuel (aguas arriba de la zona de riego) hasta dicho paralelo se haría sin más alteración que la propia interacción localizada con el cauce permeable, conocida como almacenamiento de banco, según la sucesión de crecientes y bajantes, el aporte de aguas subterráneas provenientes de zonas de recarga y mermas por evaporación y por desbordes en épocas de crecidas importantes. La escasa cantidad de los aportes y de las mermas que se estima que podrían ocurrir en situaciones de régimen sin obras, permiten suponer el equilibrio entre unos y otras, con más razón cuando se consideran promedios mensuales de un período extenso. En conse-

cuencia, a la luz de los conceptos anteriores, se concluye que, a todo efecto práctico, *el régimen natural del Atuel en el límite interprovincial puede suponerse casi coincidente con el del Rincón del Atuel.* Por el contrario —agregan— "con la influencia de las obras se ha caracterizado por la interrupción artificial de su escurrimiento en virtud de la derivación total o parcial de los caudales con fines de riego aguas abajo del Rincón del Atuel. Dicho escurrimiento ha presentado intermitencias cada vez más pronunciadas a partir de las primeras décadas del siglo, en correspondencia con el desarrollo de la red de riego. Desde 1947, en correspondencia con la entrada en operación de El Nihuil, cesó por completo hasta 1973, en que nuevamente en forma esporádica y luego continua, a partir de 1979, volvieron a ingresar caudales en territorio pampeano".

7º) Que, por otro lado, la contestación a las explicaciones requeridas respecto al punto LP 104, ratifica estas afirmaciones. En efecto, tras señalar que la señalización del Atuel como intermitente surge del plano confeccionado por los fotointérpretes, entienden que el río "no es naturalmente intermitente". Las interrupciones en su escurrimiento —dicen— tienen origen ya sea en las costas (gastos) provocadas por Valle Grande según sus planes operativos y en la disminución de caudales para riego en el tramo Valle Grande-Carmensa. Por lo tanto, el curso "debe interpretarse como naturalmente permanente en toda su extensión hasta su ingreso a La Pampa" (cuerpo XIX, fs. 667).

8º) Que a comprobaciones semejantes llegan, igualmente, los hidrogeólogos. Cuando contestan a la pregunta LP 107, en la que La Pampa requiere la delimitación de la cuenca hidrográfica del Atuel, también definen como tal a la que señalan en su dictamen los fotointérpretes (ver fs. 239, cuerpo XXI; opinión del perito tercero, Oscar J. Ruiz Huidobro a fs. 650, cuerpo XXIII). En otros puntos de su informe ratifican su criterio sobre la interprovincialidad del río; por ejemplo, cuando señalan las características que presentan sus cauces en La Pampa (fs. 556 y 559 vta., cuerpo XXII) y, más especialmente, al afirmar que "tanto cualitativa como cuantitativamente la presencia de las aguas del río Atuel en la Provincia de La Pampa fue y debe ser un hecho normal en condiciones naturales de no interferencia" (fs. 560 vta.). Por lo demás, párrafos antes ha-

bían señalado que las descargas en la proporción registrada en los últimos años de 20 a 30 mts^3 prueba, pese a las obras existentes, "el trabajo de un río cuyas aguas para merecer tal nombre no necesitan ser permanentes", toda vez que la literatura especializada no desconoce los regímenes de agua efímeros o transitorios (fs. 559).

9º) Que, aunque los peritajes en hidráulica y agronomía no tenían como contenido específico puntos vinculados al tema, hacen alusión a él. Los agrónomos, por ejemplo, mencionan que el río tiene "escurrimientos que van más allá del paralelo 36º" (cuerpo XXVIII, pág. 75 vta.) y los ingenieros hidráulicos vinculan la situación en La Pampa con las consecuencias de la explotación de las aguas del Atuel (cuerpo XXIV, fs. 45/46). Estas aseveraciones se encuentran ratificadas por numerosa prueba documental aportada al expediente, de la que cabe señalar la más relevante, con prescindencia de aquella vinculada con la resolución 1560/73 que otorgó a La Pampa participación en las regalías hidroeléctricas del Atuel, habida cuenta de la posición asumida por Mendoza en el sentido de que tal decisión, pese al tiempo transcurrido, no se encontraría firme.

10) Que entre esos elementos probatorios asumen particular gravitación los atinentes al dictado, por parte de la entonces Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, de la resolución 50/49, cuyos antecedentes obran en el expediente 146.091. Esa resolución, enmarcada en el régimen de la ley 13.030, importó el reconocimiento por parte de la dependencia técnica nacional del carácter interprovincial del río que, antes de la utilización de sus aguas por la provincia cuyana, llegaba al noroeste pampeano. Se decía así que tras la inauguración del dique El Nihuil, correspondía adoptar los recaudos necesarios para asegurar "la libre circulación de los caudales acumulados y su equitativa distribución y utilización en todo el curso del río". A tal efecto —apuntaba el director de la repartición citada en nota al secretario de Industria y Comercio, de fecha 20 de enero de 1949— y de acuerdo a los antecedentes disponibles, "consistentes en un censo levantado en años anteriores y diversas informaciones que acusan el aprovechamiento de un caudal para el regadío de unas 1500 has.", se tendría que esa superficie utilizada en La Pampa, "representa el 2 % del total de las 70.000 has., aproximadamente, que se sirven en Mendoza. De esa manera y tendiendo a restablecer las

llegadas del caudal del Atuel operadas en sus crecientes, se disponía que de "las descargas desde el embalse de El Nihuil, un volumen equivalente al 2½ % del derrame anual del río, establecido en 1100 hm³, se destinará a bebida de poblaciones y ganado, regadío de las praderas naturares y alimentación de represas y lagunas en la zona noroeste de La Pampa, como compensación por los caudales sobrantes y de creciente que recibía dicha zona con anterioridad al aumento de la superficie con caudales bajo riego del mencionado río en la Provincia de Mendoza". Se establecían, también, las modalidades de esas sueltas y el compromiso de realizar estudios técnicos apropiados.

11) Que distintos funcionarios nacionales reconocieron, durante los últimos 50 años, el carácter interprovincial del Atuel. Entre ellos, es importante el informe del Ing. Félix Duhart, del 5 de octubre de 1948, antecedente inmediato de la citada resolución que reproduce buena parte de sus conceptos. Allí se destacaba que antes del desarrollo del riego en el valle del Atuel "a principios del siglo actual" la zona noroeste de La Pampa recibía las crecientes periódicas del río, bañándose así grandes extensiones de campos en los departamentos de Chalileo y Chicalcó, se reseñaban los efectos del aprovechamiento en Mendoza y la gravitación, desfavorable para la provincia pampeana, de la construcción del dique El Nihuil. Para evitar estos efectos proponía asignar un volumen de agua teniendo en cuenta el censo levantado por pedido de la ex Dirección General de Irrigación de fecha 14 de mayo de 1934 y que, "según las declaraciones juradas de cinco usuarios de agua del río Atuel en el territorio de La Pampa que obran a fs. 14/25 del citado expediente, éstos han denunciado el aprovechamiento de agua para riego de 1500 has. que representan aproximadamente el 2 % de las 70.000 has. bajo riego en Mendoza". Es decir —continuaba— "que correspondería fijar el 2 % del derrame anual para su aprovechamiento en La Pampa". A ello habría que agregar el ½ % del derrame, estimado en 1100 hm³, para alimentación de personas y animales (fs. 33/36). Por su parte, el Ing. Juan G. Dietsch, integrante de la Dirección Nacional de Irrigación, señalaba en 1939, las circunstancias reseñadas por el Ing. José A. Balbi, que atribuía la interrupción de la llegada de las aguas a la zona de Santa Isabel y Algarrobo del Aguila a la utilización del caudal aguas arriba y a los desvíos y tapones no autorizados, y concluía en que "por su situación geográfica tienen derechos naturales sobre

las aguas del río Atuel, los terrenos que posteriormente por la división política de la Nación han quedado parte en la Provincia de Mendoza y parte en el territorio de La Pampa" (prueba R.33, caja nº 7). El informe Balbi, más explícito en el punto que nos interesa, recordaba que las zonas de La Pampa citadas, "habían sido evidentemente el campo de derrame de las aguas del Atuel en los años en que el caudal del río no se utilizaba para la irrigación de tierras en la Provincia de Mendoza" y que en su discurrir, abierto en dos brazos, pasaba "al este de la población de Santa Isabel y se unía al Salado en el punto llamado 'Paso de la Horqueta' y formaba dos arroyos: el Butaló y el de La Banda". Servían así al "desarrollo de vegetación apta para el sustento de ganados y al mismo de aguadas para poblaciones y haciendas". Concluía, finalmente, en que el Atuel "bañaba en años anteriores" —escribe en 1938— "extensiones de campo en el territorio de La Pampa (Santa Isabel, Algarrobo del Aguila)" y que la zona primeramente citada "no recibe más derrames del río Atuel" (prueba R.32, caja nº 7).

12) Que, asimismo, el informe de otro funcionario de la Dirección de Irrigación, el Ing. Carlos Alberto Dillon, admite el ingreso del Atuel en La Pampa, como surge del documento R. 69, caja 10. También el entonces director de Coordinación Hídrica, Ing. Julio C. Huidobro Saravia, tras reproducir los fundamentos de la citada resolución 50/49, sostuvo como conclusión de su informe en el expediente 173/73 del Ministerio de Obras Públicas que "de los antecedentes expuestos se infiere que la condición interprovincial o interjurisdiccional de las aguas del Atuel es inequívoca y tiene plena vigencia" (documentación R.21, caja nº 7).

13) Que, por último, es conveniente recordar que en oportunidad de debatirse en el Senado de la Nación la ley de provincialización de los territorios nacionales, el miembro informante, Dr. Pablo A. Ramella, señalaba en su descripción geográfica de La Pampa que "en cuanto a sus ríos, uno de los principales y cuyo caudal de agua es fundamental para este territorio, es el Atuel que viene de la Provincia de Mendoza. Antes —decía— entraba por el arroyo Butaló, actualmente por el arroyo Las Bardas" (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, año 1951, T.I, pág. 456)

y que el propio letrado de la demandada ha admitido que "salvo la cuenca cerrada de la laguna Llancanello (que incluye el pequeño río Malargüe) todos los ríos mendocinos son interprovinciales" lo que, obviamente, involucra al Atuel (Cano, Guillermo J. "Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas en Mendoza", 1967, pág. 53).

14) Que la Provincia de Mendoza ha pretendido demostrar que una serie de circunstancias reseñadas al enumerar las defensas por las que negaba la interprovincialidad del río, debidas algunas a hechos de la naturaleza y otras a la acción humana, le han privado —si alguna vez la tuvo— de esa condición y que no goza, por lo tanto, del atributo, a su juicio indispensable, de la perennidad. En su alegato sostiene, esencialmente, que alrededor de la década de 1920 (entre 1917 y 1933) "por hecho de la naturaleza, el Atuel se dispersó en la zona de Las Juntas, al salir de la cordillera a la llanura, de modo tal que sus aguas no sólo no llegaban continuamente a La Pampa sino tampoco a la zona mendocina cultivada con sus aguas, lo que anuló la interprovincialidad del río si es que la hubiera tenido (lo que admitimos por hipótesis). Esa situación fue corregida por la acción humana de modo que si llegan ocasionalmente al territorio pampeano es a raíz de tales obras encaradas por Mendoza y las autoridades nacionales" (fs. 22 vta., cuerpo XXXVIII).

15) Que la Provincia demandada requirió de los peritos hidrogeólogos su opinión sobre este particular por medio de las preguntas M 43 y M 44. Los peritos de parte sostuvieron opiniones discordantes. Para el Ing. Zakalik, técnico de Mendoza, los ríos Salado y Atuel se desviaron por causas naturales de sus cauces, derivando el primero hacia la laguna Llancanello y el segundo hacia la zona de Piedras de Afilar. Si bien no puede precisar el volumen de agua perdido del cauce principal por estas consecuencias, entiende que era "un importante caudal", en ambos casos, hasta la construcción de las defensas en 1934, admitiendo que las pérdidas producidas en la actualidad por efectos de la evaporación e infiltración es del orden del 29,2% para el año 1979. No hay, en el peritaje, ratificación expresa de la afirmación de Mendoza de que el proceso de dispersión se haya producido entre los años 1917/33. Sólo se afirma que es anterior

a las obras encaradas, pero no cuánto tiempo anterior (cuerpo XXI, fs. 250 vta./253, ver también, cuerpo XXIII, fs. 736/741). Estas conclusiones no son compartidas por el Dr. Sala, perito de La Pampa.

16) Que, en efecto, el mencionado profesional, tras extensas consideraciones afirma que no ha habido desvíos de los cursos naturales de los ríos que son aquellos "por los cuales escurre el agua en la actualidad, tanto en el estiaje como durante las crecientes". Esos cursos no pudieron ser desviados por el hombre aun mediante la realización de obras que, en el caso, "son insignificantes en relación a los fenómenos naturales" (fs. 261), y agrega que si los ríos "en tiempos geológicamente más antiguos hubieran escurrido en otras direcciones, hace miles de años que fluyen por sus cauces actuales" (fs. 264 vta.). A fs. 749/752 ratifica este aserto.

17) Que estas opiniones controvertidas acerca de la evidencia y la oportunidad del desvío de los ríos Salado y Atuel, se reiteran cuando los peritos deben responder al punto M 44 que perseguía la comprobación del destino natural de sus aguas superficiales si no se hubieran construido en 1933, las obras de reencauce invocadas. Para el Dr. Zakalik, que ilustra su dictamen con fotografías, su destino físico no sería el actual toda vez que, en ambos casos, un importante caudal se desviaba del cauce principal hasta que se erigieron las defensas. Estas defensas y sus objetivos —afirma— están descriptos en un informe del Ing. Federico Tapper al director general de Irrigación de la Nación, fechado en 1932. Por su parte, el Dr. Sala afirma, en cambio, que de no haberse llevado a cabo las obras, las aguas habrían seguido, igualmente, su curso presente.

18) Que frente a estas diferencias cabe señalar la opinión del perito tercero, Dr. Ruiz Huidobro, que no resulta tan categórica como las vertidas por sus colegas. A fs. 254 dice: "Como se describió en la pregunta C 9 y en F Historia Geológica (Texto general, 2a. parte) los ríos Salado (mendocino) y Atuel cambiaron su curso durante el pleistoceno". "Sobre un viejo curso del Salado que iba hacia la laguna Llancanello escurre el arroyo Malo. La separación del río Salado del arroyo Malo es debida a un fenómeno natural de evolución geomórfica. El hombre desde antiguo realiza obras de defensa y contención de las aguas del río Salado, por temor de que vuelvan a su

antiguo cauce". Luego continúa: "Lo dicho más arriba vale para el río Atuel, aunque en este caso convendría proseguir con la ejecución de defensas de la margen derecha a fin de evitar que pueda dirigirse hacia las ciénagas de Piedra de Afilar, teniendo en cuenta que la tendencia del drenaje, en su evolución geológica, es la de migrar hacia el norte".

19) Que, por otro lado, al contestar la pregunta M 44 que requería determinar el destino físico actual de las aguas del Salado y del Atuel si no se hubieran construido las obras de reencauce, responde: "El río Salado habría mantenido lo mismo su cauce. Sin embargo, se considera que las defensas evitaron, durante los períodos de creciente, que cuando el río sale de su cauce, erosione la terraza que lo separa del arroyo Malo, que es la defensa natural que tiene hoy día. Lo dicho vale con respecto a la defensa de la margen norte del río Atuel, que evitará en el futuro la erosión y posible flujo hacia las ciénagas de Piedra de Afilar" (fs. 270). Su dictamen sobre el punto se completa con la respuesta al pedido de explicaciones que corre a fs. 733, donde señala que son bien notables los cursos aluvionales construidos por dichos ríos y la "evolución geomórfica de los ríos Atuel y Salado en tiempos pasados hacia el sur y del sur hacia el norte, respectivamente".

20) Que, sin perjuicio de señalar que las respuestas del perito tercero no favorecen una clara interpretación del punto, cabe deducir que reconoce una tendencia de las aguas a divagar en su dirección hacia Llancanello y Piedra de Afilar y la construcción de defensas con el propósito de evitarla en las épocas de crecida. No obstante, no existe afirmación alguna que permita apreciar si ese fenómeno se produjo en el lapso que invoca la demandada o medir su magnitud; sí existen, por el contrario, manifestaciones en el sentido de que se habría producido en épocas muy remotas (ver fs. 773, cuerpo XXIII).

21) Que el dictamen de los hidrólogos contiene, asimismo, elementos que sirven para ilustrar la cuestión. En efecto, al contestar el pedido de explicaciones de Mendoza a la pregunta C 1 vinculada a la determinación del régimen hidrológico del Atuel y por las que les requería la razón de no haber considerado el efecto de "los fenómenos

naturales aludidos en las preguntas M 43 y M 45", señalan que efectivamente la demandada había construido obras de contención para "evitar los desbordes", que para medir su gravitación sobre el módulo del río se practicaron estudios técnicos apropiados y que, tras su consideración, "no se observan modificaciones significativas del régimen del río Atuel, que tendrían que reflejarse en un incremento sostenido del módulo a partir de la fecha de funcionamiento de las obras de reencauce"... "En opinión de esta pericia —siguen—, las obras de referencia habrían contribuido eficazmente en disminuir o evitar los desbordes de las crecidas anuales hacia la laguna Llancanello y las ciénagas de La Piedra de Afilar, respectivamente, pero no pueden estimar porcentajes ni magnitud de caudales desbordados por cuanto no conocen las cotas críticas de desbordes ni los niveles alcanzados por las aguas en los períodos de crecidas, tanto ordinarias como extraordinarias". "En todo caso —agregan por último— surge del análisis de las series estadísticas tratadas que los volúmenes desbordados con anterioridad a la fecha de construcción de las obras y reencauzados *a posteriori* de las mismas, si bien pudieron ser importantes en valores absolutos en el momento de las crecidas, no alcanzaron a ser lo suficientemente significativos dentro del balance global de las pérdidas como para modificar el régimen del río, ya sea por la escasa permanencia anual de niveles altos o por su baja recurrencia durante el período estadístico analizado, que se traducirían en caudales no detectables a través de los caudales medios anuales de las series" (fs. 651/655, cuerpo XIX).

22) Que, por su parte, el perito geógrafo Dr. Siragusa también consideró este tema. A fs. 29 del cuerpo XXXIV señala la influencia de la laguna de Llancanello a la que, de controlarse los escurrimientos, podrían derivar las aguas del Atuel y del Salado, dejando sin ese elemento vital a la zona de riego, y reconoce que en la zona de Las Juntas la Provincia de Mendoza realizó obras que califica de "simplemente zanjas y pequeños terraplenes", pero que contribuyen a reforzar el caudal del Atuel. Más adelante, cuando describe la cuenca hidrográfica del río, señala que aguas del Salado engrosan al Atuel en Las Juntas y que otras se pierden en la laguna de Llancanello (fs. 39 y a fs. 54), que "los derrames incontrolados" producen en la planicie de Llancanello "insunción de agua que luego

formará pantanos". Al contestar las explicaciones solicitadas (ver fs. 271) señala que en "la década de 1933 se restableció una conexión que amenazaba con desviar, por cierto tiempo, parte de la afluencia del Salado al Atuel".

23) Que se vinculan con las obras de reencauce las actuaciones iniciadas por la Dirección General de Irrigación, cuyas copias figuran, agregadas por la demandada, de fs. 275 a fs. 302 de los autos principales. Un informe encomendado al Ing. Federico Tapper, sobre cuya base se proponen los trabajos, señala la previa e infructuosa construcción de obras que trataron de impedir desvíos del Atuel hacia Piedras de Afilar y del Salado hacia Llancanello que se veían favorecidos por los desbordes. Por ello, aconsejaba nuevos trabajos de reencauce de ambos ríos con el fin de atender las necesidades de riego en Mendoza. Al igual que el Ing. Tapper, el inspector general de la Zona Sud, Ing. Ballester, alude a estas obras en su nota al director de Irrigación del 22 de agosto de 1932. Por su parte el director, Ing. Outes, destacaba al ministro del Interior que se procuraba evitar los derrames del Atual y del Salado y prevenir "la escasez de agua que sufren algunos años los extensos regadíos de Mendoza" servidos por el primero. En ningún caso existen referencias en el sentido de que esas obras fueran determinadas por una alteración del curso del río operada en los años inmediatamente anteriores, como lo sostiene Mendoza.

24) Que si bien se han aportado a la causa elementos probatorios que sirven para demostrar el fenómeno de dispersión que se opera en los casos de desbordes en la zona del pedemonte hacia la laguna de Llancanello y la región conocida como Piedra de Afilar, como así también que las autoridades nacionales y las de la Provincia realizaron en su momento obras de reencauce para evitar ese efecto, la prueba producida no es suficiente para acreditar las argumentaciones centrales de la demanda; esto es, que el proceso de dispersión haya tenido, como consecuencia directa, que esas aguas no sólo no llegaran "continuamente a La Pampa sino tampoco a la zona mendocina cultivada con sus aguas, lo que anuló la interprovincialidad del río si es que la hubiera tenido" (ver alegato, fs. 26), que se produjera en el lapso denunciado, y que las obras mencionadas hayan sido las deter-

minantes de que hayan retornado, como se afirma, a sus cauces originarios.

25) Que, en efecto, las discrepantes conclusiones de los peritos hidrogeólogos no autorizan tal interpretación, toda vez que la opinión más favorable a la tesis mendocina, emitida por el Dr. Zakalik, no alcanza a demostrar que los hechos denunciados, que da por existentes, hayan acaecido entre los años 1917 y 1933, y menos aún la avala el criterio que sobre el punto exponen los expertos en hidrología. Esas afirmaciones, confrontadas con la evidencia de que las obras y los usos han provocado la interrupción artificial de un escurrimiento que según aquéllos ha "presentado intermitencias cada vez más pronunciadas a partir de las primeras décadas del siglo en correspondencia con el desarrollo de la red de riego" (cuerpo XVIII, fs. 393/398), requieren una demostración más acabada que la que se ha obtenido en el expediente. Por otra parte, si, como se anticipó, la circulación de caudales en el tramo Rincón del Atuel-Paralelo 36º presenta, sin considerar las obras, un régimen sin mayores variantes que si se altera si se computan los aprovechamientos, resulta razonable atribuir a estos y no a aquéllos fenómenos la interrupción o disminución de ese escurrimiento.

26) Que otras consideraciones, fundadas en elementos probatorios emanados del peritaje en hidrología, aseveran lo expuesto. Pareciera obvio, si se atiende a la trascendencia que Mendoza asigna al hecho físico denunciado y a las obras de reencauce, que el derrame del Atuel mostrara diferencias cuantitativas antes y después de la construcción de los trabajos. Sin embargo, esto no es así, y la prueba más concluyente sobre el particular la constituyen, entre otros elementos, las planillas de caudales medios y derrames medidos en las estaciones de Rincón del Atuel y La Angostura que cubren el período 1917/18 - 1981/82, serie que los peritos hidrólogos destacan como la más confiable (fs. 33, 108 y 109 del cuerpo XVII, y la figura 1.2. de fs. 57, de ese cuerpo). Si se computan los registros de caudales y derrames por el lapso 1917/18-1926/27, que abarcan diez períodos anteriores a la realización de los trabajos de reencauce donde el proceso de disminución de caudales aparecería, según Mendoza, en su culminación,

con otro lapso igual pero posterior a las obras (1933/34 - 1942/43), las variaciones, ya sea del caudal medio o los derrames, no ofrecen mayor diferencia (en efecto, de un caudal medio promedio de 34,5 m^3 para el primer caso, se pasa a otro de 34,2 y de un derrame anual de 1.088 hm^3 a 1.093 hm^3). Por su lado, el gráfico de fs. 57, comparativo de los caudales medios de los ríos Atuel, Mendoza y San Juan para los años 1909/10 y 1980/82, indica la regularidad del primero a lo largo de la serie, como que, a su respecto, el decrecimiento de caudales no es significativo. Estos datos reciben, por lo demás, ratificación suficiente en los cuadros elaborados por los hidrólogos para responder al pedido de explicaciones formulado por la demandada que corren a fs. 653/654 del cuerpo XIX y en los que aquéllos se apoyaron para emitir las conclusiones citadas en el considerando 21). Por último, corresponde agregar otra conclusión no menos trascendente: una variación geomorfológica como la denunciada por Mendoza no parece posible que se haya operado en un tiempo histórico tan reducido.

27) Que, descartadas las defensas de la demandada, debe reconocerse el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del Atuel. Sólo corresponde alguna consideración sobre el requisito de la perennidad cuya necesidad aduce para calificar, desde el punto de vista jurídico, a un río como tal. "Ningún uso —ha dicho Mendoza— que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal"; pero tal afirmación, inobjetable como razonamiento abstracto, omite la circunstancia de que la interrupción o discontinuidad de las llegadas de las aguas a La Pampa se debe a la intensidad de los usos consumitivos operados en su territorio como lo han comprobado los elementos probatorios analizados en los párrafos precedentes.

28) Que, decidido el carácter interprovincial del río, se torna necesario considerar la defensa de la demandada basada en la significación que atribuye al convenio que celebró con la Nación en el año 1941 y a la ley 12.650 que —sostiene—, obligan a la Provincia de La Pampa, sucesora del Estado nacional, por entonces autoridad territorial.

Ese contrato del 17 de junio de 1941 —explica— fue formalizado en virtud de la ley 12.650 y vinculó al gobierno federal y a Mendoza. Se trata de un contrato de derecho público concertado entre estados y enmarcado en el derecho intrafederal. Para la demandada sólo caben dos interpretaciones de sus alcances: a) si el río Atuel es mendocino, el contrato implicó para la autoridad nacional el reconocimiento de tal condición; b) de lo contrario, era, en 1941, un río interjurisdiccional y esa autoridad tenía "plena competencia para convenir con Mendoza el aprovechamiento del curso de agua que penetraba en un territorio nacional (La Pampa) sometido entonces a jurisdicción federal exclusiva". Por lo tanto, resulta innegable que "estaba en condiciones constitucionales de disponer de un río que atravesaba una provincia y un territorio de jurisdicción federal mediante acuerdo con esa Provincia" (fs. 416).

29) Que, agrega, esa disposición de un bien del dominio público, como lo es un río (art. 2340, inc. 3, del Código Civil), no presenta dificultades cuando se opera el traspaso a otro dominio público, toda vez que, como lo destaca la doctrina que cita, no se modifica la condición jurídica del bien ya que su afectación a ese tipo de dominio permanece inalterable. De tal manera "tratándose de un río cuya titularidad 'pudo' haber estado compartida entre dos de los estados que forman la República Argentina, es decir entre la Provincia de Mendoza y el Estado nacional, que tenía el dominio de los bienes públicos situados en 'su' territorio de La Pampa, no existía ningún obstáculo jurídico para que dichos entes reglamentasen sus respectivos derechos sobre las aguas del mencionado río e incluso uno 'reconociese' los derechos del otro" (fs. 417). Si era un recurso compartible, no había ningún inconveniente en que la autoridad nacional, en cumplimiento de objetivos de bien común, tomara medidas para propender al "bienestar general" como lo dispone el preámbulo de la Constitución. Ese contrato es oponible a La Pampa y la obliga.

30) Que, a su juicio, apoya tal aseveración la situación jurídico-institucional en que se encontraba por entonces La Pampa, que, por su condición de territorio, no era una entidad política autónoma sino sólo una circunscripción administrativa del Estado federal, el cual

podía disponer del río como lo hizo. Cuando La Pampa adquirió el *status* de Provincia en 1951, se encontró sometida a las condiciones preexistentes y no podía pretender mejores derechos que los del Estado federal al que pertenecía su territorio hasta ese momento. Se configuró por lo tanto —afirma— un caso de sucesión de estados que, si bien es propio del derecho internacional público, contiene elementos que se vuelven aplicables cuando, dentro de un Estado federal, se forma una Provincia con territorio que hasta entonces estaba sujeto a aquella jurisdicción. Como corolario de estas consideraciones y tras citar opiniones de doctrina, concluye en que "si el río Atuel no fuera, como Mendoza entiende que es, un río exclusivamente provincial, de su exclusivo dominio y jurisdicción, las aguas que llegaran a La Pampa no podrían ser pretendidas por ésta al margen y con desconocimiento del contrato de 1941 y del principio de sucesión entre estados" (fs. 421).

Esta Corte ya definió la condición del río, por lo que corresponde el estudio de las cuestiones que plantea la Provincia de Mendoza.

31) Que no se observan, en nuestros antecedentes nacionales, precedentes que guarden analogía con la situación planteada en autos. La propia demandada ha recordado una sentencia de esta Corte, la publicada en Fallos: 274:169, que, como lo reconoce, sólo se limita a reproducir la opinión de un tribunal provincial sin que haya sido el punto objeto de su específica decisión. Sin duda, pudo haber recurrido a otros ejemplos que sí consideraron los efectos, frente a las nuevas provincias, de los actos del gobierno federal (Fallos: 263:158; 264:306 y 277:133), pero, cabe advertir, respecto a una categoría de bienes —las tierras fiscales— que no guarda identidad con la que caracteriza al recurso natural de que aquí se trata.

32) Que, en efecto, al resolver el publicado en Fallos: 264:306, *in re*, "Haurteloup, Andrés c/Provincia de Santa Cruz", el Tribunal sostuvo que la Provincia no podía "desconocer los derechos emanados de los actos válidos que la Nación consumó con anterioridad a la provincialización respecto de los bienes de los que **podía disponer** y con arreglo a las leyes de provincialización respectivas" y citó en apoyo de este argumento la opinión de Corwin en "The Constitution of the United States". La solución, continuaba la sentencia, "apar-

te de garantizar la seguridad jurídica y estabilidad de los actos concluidos... se compadece con lo que disponen los arts. 1195, 3266 del Código Civil y normas afines". Tales afirmaciones que, en principio, acordarían fundamento a la posición mendocina, no son aplicables al *sub lite*. En ese caso, como en los otros citados, se trataba de situaciones que, como se anticipó, tenían por objeto tierras fiscales que constituyen bienes del dominio privado del Estado; en este juicio está involucrado un bien de su dominio público. Corresponde, por lo tanto, estudiar si éstos son los bienes de los que el Estado nacional, en tanto administrador del territorio, *podía disponer* como se destacaba con sustento en la opinión del citado constitucionalista norteamericano.

33) Que para ello resulta necesario precisar la condición jurídica de los territorios a la luz de los antecedentes legislativos nacionales, inspirados, como se sostiene generalmente, en los norteamericanos. En efecto, el mensaje enviado el 20 de julio de 1883 por el Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de la que sería la ley 1532, advertía sobre la necesidad de dictar una ley general "si se tiene en cuenta el progreso de los territorios y la conveniencia de fomentarlos" y la evidencia de que se trataba de "zonas extensas que serán ocupadas bien pronto por una población laboriosa". Entendía el Poder Ejecutivo que por tal razón era imprescindible acordarles un régimen apropiado "como acertadamente se ha hecho en los Estados Unidos de Norteamérica". A su vez, cuando en 1884 se debatió en la Cámara de Diputados el proyecto que dio base a la ley 1532, el miembro informante, Ramón J. Cárcano, reconocía que el proyecto de territorialización se inspiraba en aquellos antecedentes y, en particular, en el espíritu de la "Ordinance for the Government of the United States Territory of the Northwest of the Ohio River" de 1787; y otro de sus integrantes, el diputado Nicolás A. Calvo, sostuvo que "nuestra ley fue presentada en proyecto por el diputado Cárcano, lo más igual posible a la de los Estados Unidos (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, 1884, págs. 1068, 1070). Igual opinión expresó, durante la discusión en el Senado, el senador Nougués (Diario de Sesiones del Honorable Senado, 1884, pág. 764) y los autores que se ocuparon del tema.

34) Que el diputado Cárcano, cuando describía el estado de desamparo de las vastas regiones de nuestro país para las que requería un ordenamiento institucional por medio de una ley de territorios, afirmó la necesidad de dictar normas que las organizaran, "de manera que se aseguren sus intereses, para la actualidad y para el porvenir, asentando sus condiciones civiles y administrativas de conformidad al espíritu de nuestras instituciones, una ley que consagre los mismos derechos y garantías de que gozan los habitantes de las provincias de la República, que como la famosa Ordenanza Norteamericana de 1787, sea la incubadora de nuevos estados que más tarde han de incorporarse a la Unión Argentina para seguir las manifestaciones de su engrandecimiento". Cárcano sostenía que "bajo cualquier punto de vista que se considere los territorios nacionales ya originariamente adquiridos por la conquista, o más tarde por la cesión, el gobierno tiene el derecho de administrarlos por el sistema que estime más propio y conveniente" y, siguiendo a Story, recordaba que "ninguno de ellos, tiene título alguno para reclamar un gobierno individual", de manera que su administración quedaba librada a la voluntad del Congreso Nacional, cuya competencia en la materia emanaba de la propia Constitución (art. 67, inc. 14). "Los Estados Unidos —continuaba Cárcano— con una disposición constitucional idéntica, han hecho lo mismo que nosotros pretendemos hacer ahora (Diario de Sesiones, pág. 1068).

35) Que las mismas opiniones reconocían que "los territorios que organicen, son la gestación de nuevas provincias que, más tarde, han de incorporarse a la vida nacional, con su autonomía y soberanía local, su gobierno propio, su constitución y leyes especiales, de manera que la forma de gobierno que hoy se adopte debe ser apropiada para instruirlos y adiestrarlos en el rol que con el tiempo están llamados a desempeñar en el mecanismo de nuestras instituciones". Si carecían en el presente de entidad política —decía Cárcano— y eran dependientes del gobierno federal, "apoyados por la mano poderosa de la Nación, van a fecundar su progreso al calor del trabajo constante, hasta que el crecimiento de su prosperidad permita abandonarlos a sus propias fuerzas". El diputado Puebla, por su parte, aludía a los territorios caracterizándolos como "provincias en embrión" (Diario de Sesiones, 1884, pág. 1199).

36) Que esas expresiones, suficientemente explicativas del carácter de los territorios, encuentran ratificación en la exposición de motivos con que el Poder Ejecutivo acompañó, tiempo más tarde, el proyecto de ley elevado al Congreso con fecha 30 de septiembre de 1924. Allí se destacaba que la ley 1532 había tenido como objetivo "la evolución orgánica de los territorios" y se reconocía la necesidad de propiciar medidas que favorecieran un "procedimiento preparatorio para su transformación en provincias" (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, año 1924, pág. 920/921). Del conjunto de estas manifestaciones y de la opinión generalizada de la doctrina surge claro que el concepto de territorio supone una división administrativa de la Nación, sometida temporariamente a la jurisdicción y legislación del gobierno federal y destinada a convertirse en provincia autónoma una vez satisfechas las exigencias que la ley respectiva impone. Es de su esencia, parece evidente, la condición temporaria y su potencialidad latente para incorporarse a las unidades autónomas del régimen federal.

37) Que tales principios habían sido recogidos en la doctrina constitucional norteamericana. Para Henry Campbell Black, los territorios no son estados de la Unión sino entidades administrativas sujetas a la autoridad nacional y a la legislación del Congreso (Handbook of American Constitutional Law, ed. 1927, pág. 16). Corwin, a su vez, sostiene que "en los territorios el Congreso ejerce plena jurisdicción tanto nacional como local y tiene plenas facultades legislativas" (The Constitution of the Unites States, ed. 1953, pág. 703). Pero no son estos conceptos los que más interesan en el presente caso. Westel W. Willoughby, tras señalar que no se discute el poder absoluto del Congreso en cuanto a legislar en los territorios, agrega, en su obra sobre "The Constitutional Law of the United States": "No puede haber dudas de que era intención general al tiempo en que se dictó la Constitución que todo el territorio entonces bajo la soberanía de los Estados Unidos y no incluido dentro de los límites de alguno de los entonces "several states" sería posteriormente dividido e incorporado como nuevos estados a la Unión" (vol. I, Ed. 1929, pág. 413). Y los tratados que cita, como los celebrados con motivo de la cesión de Louisiana o Florida, o el suscripto con Méjico en 1848, por el que este país resignó sus derechos a la Alta California y Nuevo Méjico,

contuvieron explícita o implícitamente esta convicción. Había en quienes los suscribieron —dice Willoughby— "la certeza de que los territorios así adquiridos lo eran para incorporarse como elementos integrantes de los Estados Unidos y, finalmente, constituidos como estados y admitidos en la Unión "in full and equal fellowship with the original states" (pág. 403/404). Por eso puede definirlos como estados en embrión (embryo states).

38) Que estas características destacadas por Willoughby, que denotan la particular condición jurídico-institucional del territorio, fueron advertidas desde temprano por la jurisprudencia de la Corte norteamericana. En el caso que cita ese autor ("Loughborough c/Blake"; 5 Wh. 317), el juez Marshall asimiló esa condición a "a state of infancy, advancing to manhood, looking forward to complete equality as soon as that state of manhood shall be attained" (un estado de minoridad avanzando hacia la adultez, en búsqueda de una completa igualdad tan pronto como se alcance ese desarrollo); y en otro precedente que también recoge Willoughby y cuya cita se hará frecuentemente a lo largo de esta sentencia se dijo: "Los territorios son administrados (held) con el objeto de que tan pronto como su población y aptitud lo justifiquen, sean admitidos en la Unión como estados en el mismo plano de igualdad (equal footing) que los estados originarios en todos los sentidos" ("Shively c/Bowlby", 152 U.S. 1). Más adelante, en O'Donoghue c/USA (289 U.S., 516) se reiteró el carácter temporario y al hacerse mención de la condición de los jueces territoriales se la adjudicó, citando el caso de 182 U.S., 244, 293 a la "presumably ephemeral nature of a territorial goverment" (la condición presumiblemente efímera del gobierno del territorio) y se recordó que existían precedentes que calificaban a los territorios como sometidos a un régimen de tutoría ("the territorial state is one of pupilage at best"); ("during the term of their pupilage as territories, they are mere dependencies of the United States" —18 Wall 317), y citando la trascendente decisión de "Pollards Lesse c/Hagon" (3 Haw, 212) se destacó que tenían una condición temporaria (temporary territorial goverment).

En tiempos mucho más cercanos se volvió a reconocer el "status of pupilage"; se dijo que "desde su creación los territorios estaban

destinados a ser admitidos como estados en la Unión", y se aludió, también, a su naturaleza transitoria (409 U.S. 418).

39) Que dada esa particular característica de los territorios, es oportuno precisar, desde un punto de vista general, cuáles son, en principio, los poderes del Congreso Federal. Estos han sido reconocidos tanto en la doctrina nacional como en la norteamericana como amplios, y así lo sostiene la jurisprudencia. En el caso "National Bank c/Country of Yankton" (101 U.S., 129) se dijo que el Congreso no sólo podía abrogar leyes de la legislatura local (se refiere a los casos en que existían legislaturas territoriales), sino que podía legislar por sí mismo en ese ámbito. "Puede descalificar un acto legislativo local válido o validar otro que no lo fuera", y se precisaba: "En otras palabras, tiene plena y completa autoridad sobre el territorio y todos los departamentos del gobierno territorial". Esos amplios poderes fueron reconocidos en 114 U.S., 43; 198:371 y 301:308, entre otros. En principio, y salvo las excepciones que luego se señalarán, los actos realizados por la autoridad federal durante su vigencia temporal obligarán a los nuevos estados que se constituyan. Así, por ejemplo, se dijo en 267 U.S., 30 que un estado creado sobre la base de un territorio y sobre cuyos límites físicos decidió el gobierno nacional "is bound by the previous recognition and adoption of that line by the United States her predecessor and cannot be heard to disavow the boundary so recognized" (está ligado por el reconocimiento y adopción de la línea de frontera efectuado por los Estados Unidos, su antecesor, y no puede desconocer esos límites ya admitidos).

40) Que también han sido objeto de consideración los alcances, en cuanto a plenitud de derechos, de la incorporación a la Unión de un nuevo estado, constituido sobre la base de un territorio preexistente. La doctrina y jurisprudencia norteamericanas han sostenido que esa incorporación debe hacerse bajo la regla del "equal footing", esto es, que debe estar presidida por el principio de la igualdad. En un precedente fundamental como fue el ya citado "Pollard's Lessee", resuelto hacia 1845, se destacó que el estado de Alabama ingresaba a la Unión en un plano de igualdad con los estados ya constituidos y el principio se reiteró en numerosas oportunidades. A medida que las complejidades de la conformación institucional del país aumenta-

ban, la Corte delineó con mayor rigor el concepto. En el caso de 339 U.S. 707, se dijo: "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". Y más adelante se refería a las condiciones que han creado gran diversidad en los aspectos económicos de los estados. El requerimiento de la igualdad, se dijo, no se elaboró para borrar estas diversidades sino para establecer una paridad en el plano político y de la soberanía.

Esta regla, como vemos, no asegura la igualdad económica. Pero las excepciones a sus principios deben ser claras e inequívocas (363 U.S. 142; 410 U.S. 702) toda vez que es "esencial al armonioso funcionamiento del sistema sobre cuya base se organizó la República" (221 U.S. 559). Autores como Willoughby y Campbell Black coinciden con este criterio.

41) Que estas precisiones procuran determinar si el alcance de las prerrogativas conferidas al gobierno federal le autorizó, en el caso que nos ocupa, a disponer por medio del convenio celebrado con Mendoza sobre la base de la ley 12.650, de un recurso natural incorporado entonces a su dominio público y si, como consecuencia de ello, ese acto que autorizó el aprovechamiento de las aguas del río Atuel, es oponible a la Provincia de La Pampa, su sucesora desde 1951. Se trata, en suma, de apreciar si el ejercicio de esa autoridad admite restricciones inspiradas en la necesidad de atender a los objetivos mismos que justificaron la creación de los territorios, esto es, el desarrollo institucional y económico de esas regiones sometidas temporariamente a su jurisdicción y según el elocuente lenguaje de la Corte norteamericana a un estado "described as one of pupilage at best" (409 U.S. 418). Para ello, resulta indispensable el estudio de los antecedentes que registra la jurisprudencia de ese Tribunal.

42) Que por medio de una vasta labor jurisprudencial, la Corte norteamericana fue resolviendo los problemas que suscitó la sucesiva incorporación a la Unión de nuevos estados. Entre ellos, ocupó un papel preponderante el que planteaba la oponibilidad, frente a esos estados recién constituidos, de los actos emanados del gobierno federal durante el período de su administración o, incluso, anteriores

a la adquisición del territorio y llevados a cabo por las autoridades que por entonces ejercían la soberanía (por ejemplo en el caso de los territorios sometidos a la autoridad española o mejicana). Desde luego, se debe recordar que los poderes del gobierno federal eran prácticamente irrestrictos en tanto se admitía que los territorios eran meras dependencias administrativas, pero también, que su autoridad era temporaria, destinada, como la doctrina norteamericana y la nacional lo reconocían a preparar el camino para que esas regiones, alcanzado un grado específico de desarrollo, pasaran a constituir unidades políticas definidas y autónomas en el contexto de las respectivas organizaciones constitucionales.

43) Que, en ese sentido, no ofrecen dificultad aquellos actos que obedecen a los fines perseguidos para lograr ese objetivo último. Por ejemplo, la colonización, que favorecía el asentamiento de núcleos poblacionales para impulsar las fuerzas productivas hasta entonces desaprovechadas (las "waste and unappropiated lands" que mencionaba el juez Mc Kinley en Pollard) supuso la libre disposición de las llamadas "public lands" y no se han objetado los actos llevados a cabo sobre ellas por el gobierno federal, que conservó importantes extensiones en los nuevos estados. Esas tierras, pertenecientes al estado federal, fueron definidas por la jurisprudencia como aquellas "habitually used in our legislation to describe such as are subject to sale or other disposal under general laws" (las que según la legislación están sujetas a venta u otro acto de disposición por las leyes generales). Esta caracterización, expuesta en U.S. 153:284 y reiterada en otros casos, coincide con la que nuestro Código Civil hace de las llamadas tierras fiscales y que integran el dominio privado del Estado (art. 2342, inc. 1º).

Ahora bien, si respecto a estos bienes ninguna duda se suscitó acerca de la competencia del gobierno federal, distinta fue la situación en lo atinente a otros, como las playas y los lechos de los ríos navegables, que merecieron un tratamiento distinto a partir de pronunciamientos tan importantes como los de los casos "Martin et al c/Waddell", y especialmente "Pollard's Lessee c/Hagan et al", resueltos en los años 1842 y 1845, respectivamente. Pero para la mejor comprensión del tema, es conveniente una ligera referencia al

régimen del "common law" inglés y la recepción que merecieron sus principios en los Estados Unidos.

El sistema legal del common law, prevalentemente en Inglaterra, otorgó a la Corona la propiedad de los cauces de los ríos navegables, a los que definió como tales sobre la base de una peculiar concepción, pero sujeta al derecho de uso y goce público para fines, entre otros, de navegación o pesca. Ese dominio puede ser objeto de concesión, pero ésta no debe afectar el uso público. Respecto de los ríos no navegables, la solución era distinta toda vez que el derecho del propietario ribereño prevalecía y el cauce seguía al dominio sobre los fundos.

Estos principios no fueron unánimemente receptados en los Estados Unidos. La reserva legislativa en favor de los estados hizo que se presentaran soluciones dispares; unas, más ceñidas al concepto del common law, mayoritarias en los estados del Este, históricamente más antiguos y apegados a una visión más tradicional; otras, las de los estados del Oeste, que se orientaron hacia concepciones más apropiadas a los fines de la colonización. Muchos estados se reservaron el dominio de las playas y los lechos de los ríos navegables y a casos suscitados en este contexto se refieren los antecedentes jurisprudenciales que se citarán en lo sucesivo. En todos los supuestos, los conflictos versaron sobre los lechos o cauces, esto es, los que se señalan como "soils under high water marks", o "tidal lands", definición que coincide con nuestro concepto de cauce, o alveo del río que involucra las tierras hasta donde llegan las más altas aguas en sus crecidas ordinarias. En nuestra legislación, estos bienes forman parte del dominio público (art. 2340, inc. 3º, Código Civil).

44) Que en el año 1845, la Corte debió resolver el caso "Pollard's lessee c/Hagan et al". Se trataba allí de las facultades de la autoridad federal a la cual dos estados originarios, los de Virginia y Georgia, le habían cedido tierras con el propósito de estimular su desarrollo y en interés común de todos los integrantes de la Unión. Aquí aparecía evidente que el poder federal estaba limitado por su propia condición y la Corte puntualizó que sólo se le había conferido "for temporary purposes and to execute the trusts created by the acts of the Virginia and Georgia legislatures and the deeds of

cession executed by then to the United States" (para fines temporarios y para ejecutar los fideicomisos creados por las leyes de las legislaturas de Virginia y Georgia y la cesión llevada a cabo por ellas a los Estados Unidos, ver U. S. Howard's Report 3, pág. 221). El estado de Alabama —sostenía el Tribunal— creado sobre la base de esos territorios, era sucesor de los derechos de los estados originarios, entre ellos los que se referían a las costas y los lechos de las aguas navegables, y ejercía los mismos atributos de soberanía que aquéllos. En cambio, los actos de disposición que tuvieron por objeto las "public lands" (tierras fiscales, en nuestro concepto jurídico) eran válidos toda vez que, sin duda, cumplían con los objetivos perseguidos al cederse los territorios para su colonización y ulterior incorporación a la Unión. De tal manera, cuando Alabama fue admitida en la Unión, "on equal footing with the original states" (en un pie de igualdad con los estados originarios) accedió a "todos los derechos de soberanía, jurisdicción y dominio eminente que Georgia poseía a la fecha de la cesión, excepto en la medida en que este derecho fuera disminuido por las tierras fiscales que permanecían aún bajo la posesión y control de los Estados Unidos para los fines temporarios previstos en el acta de cesión (pág. 223).

El caso Pollard, aunque condicionado en sus alcances por sus circunstancias particulares, indica que ninguna objeción cabía al ejercicio de la autoridad en tanto se orientara al cumplimiento del mandato conferido, en ese caso, por estados preexistentes.

45) Que este pronunciamiento fue influido por el voto del juez Taney en la causa: "Martin et al c/Waddell", fallada en enero de 1842 (Pet's XVI, pág. 367/434), donde tras estudiar los antecedentes históricos ingleses y el dominio de la Corona sobre las aguas navegables y sus lechos, se destacó 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. Ese dominio de la Corona –había dicho Taney– era ejercido en interés de la comunidad (abierto al uso común) y admitía las concesiones reales que, empero, requerían una explícita manifestación por lo que no cabía presumirlas (pág. 411). Sobre esas bases, el juez Mc Kinley pudo decir en Pollard (pág. 229) que al nuevo estado de Alabama

"belong the navigable waters and solis under them, in controversy in this case, subject to the rights surrendered by the Constitution to the United States" (le pertenecen las aguas navegables y sus lechos, aquí en litigio, sujeto a los derechos otorgados en la Constitución al gobierno federal). Las aguas navegables, se destacaba, asimismo, eran "public hoghways" (caminos públicos).

46) Que esta doctrina fue objeto de revisión en oportunidad de fallarse otro importante caso, el de Shively c/Bowlby, en 1893 (152-U.S. 1/58), bien que en circunstancias distintas, toda vez que se trataba de bienes ubicados en el estado de Oregón, constituido sobre la base del territorio del mismo nombre y donde la autoridad federal no sufrió los condicionamientos expuestos en Pollard, es decir, no mediaba soberanía estatal preexistente; por ello en lugar de invocar los alcances de la cesión se hizo mérito de la regla del "equal footing" (pág. 26). El juez Gray, que estudió el caso, tras una minuciosa revisión de números precedentes que reiteraban, en términos generales, los principios de Pollard, declaró que no obstante, el concepto de que la autoridad federal carecía de poder para efectuar concesiones de tierras bajo la línea de alta marea de las aguas navegables (high water maru) no era absolutamente verdadero (is not strictly true, pág. 47). Para formular esta afirmación recordó la opinión vertida en "Goodtitle c/Kibbe" (U.S. 9 How; 477/478), donde la potestad del estado federal para otorgar una concesión sobre tierras de aquella naturaleza fue reconocida porque había sido anterior a la constitución del nuevo estado.

47) Que el voto recordado destacó que los Estados Unidos tenían sobre los territorios, y en tanto permanecieran en esa condición, toda la autoridad en el plano local y federal y en su ejercicio podían "make grants of lands below high water marks of navigable waters in any territory of the United States, whenever it becomes necessary to do so in order to perform international obligations, or to effect the improvement of such lands for the promotion and convenience of commerce with foreing nations and among the several states, or *to carry out other public purposes appropiate to the objects for which the United States hold the territory* (hacer concesiones de tierras ubicadas bajo la línea de la alta marea —esto es el lecho o cauce del río— de las aguas navegables en cualquiera de los territorios de la Unión, donde

fuera necesario para satisfacer deberes de carácter internacional, efectuar la mejora de esas tierras para el desarrollo del comercio internacional e interestatal o *llevar a cabo otros propósitos de interés público apropiados para el objeto para cuyo cumplimiento los Estados Unidos administraban el territorio)* (pág. 48). Sólo en atención a estos fines se justificaba una concesión porque tales tierras, por ejemplo los lechos de los ríos, no son aptos para la explotación agraria. Son sí de gran valor para el uso público destinadas al comercio, la navegación o la pesca. Su explotación por particulares sólo se permite de manera incidental o subordinada al uso público. Por lo tanto, el título y el control de estas tierras es conferido a la autoridad para el beneficio de toda la comunidad (for the benefit of the whole people, pág. 57). Pero las concesiones deben ser expresas y no inferirse de una ley de carácter general.

Como se advierte, el fallo distingue la naturaleza de las tierras. Opone las existentes bajo las aguas navegables a las "public lands" (tierras fiscales) toda vez que respecto a éstas no existen semejantes restricciones pues —como ya se señaló— son aquéllas "habitualy used in our legislation to describe such as are subjetc to sale or other disposal under general Laws" (las que según la legislación están sujetas a venta u otro acto de disposición por las leyes generales).

48) Que poco tiempo antes, en 1891, la Corte había reiterado que los estados ejercían el dominio sobre los suelos cubiertos por las "tide waters" siguiendo así los principios del common law inglés, aunque admitía que debían respetarse los derechos de propiedad que el gobierno mejicano, anterior dueño de las tierras de California, había concedido como consecuencia de la aplicación del Tratado de Guadalupe Hidalgo y que, aun de no existir previsión alguna en ese contrato, cabía acatar como consecuencia de los principios del derecho internacional (142 U.S. 183/184). En el mismo año en que decidió el caso Shively, efectuó en "Mann c/Tacoma Land Company" nuevas precisiones. Así dijo que el derecho de los estados a las "tide lands" (tierras cubiertas por las mareas) había sido consagrado repetidas veces por el Tribunal y que en alguno de los primeros pronunciamientos sobre el tema se había avanzado tanto en esa afirmación que se le habían negado facultades al gobierno federal aun en el período de su administración territorial. Sobre esa base, se reprodujo el criterio

del caso Shively y se hicieron otras consideraciones interesantes: 1) nunca el Congreso dispuso de estas tierras por medio de una ley general sino que fue necesario dictar normas expresas para otorgar cualquier concesión; 2) en cambio, la legislación general resulta aplicable a las tierras fiscales sujetas a venta u otro acto de disposición.

49) Que en 1905, la sentencia del caso "United States c/Winans" (198 U.S., 371) volvió a plantear el tema. Se discutía el derecho de una tribu india a pescar en un río navegable, concedido por un tratado, cuestionado por quienes invocaban un título posterior otorgado por el estado de Washington. El tribunal se fundó, de manera substancial, en lo resuelto en "Shively c/Bowlby", y afirmó que los Estados Unidos tenían el poder necesario para crear o conceder derechos apropiados al objeto por el que administraban el territorio y que, en el caso, "the extinguishment of the Indian title, opening the land for setlement and preparing the way for future states were *appropiated to the objects for which the United States held the territory*" (la extinción del título de los indios y la apertura de las tierras a la colonización y la preparación del camino para los futuros estados eran medios apropiados a los fines por los que Estados Unidos administraba el territorio). Por su parte, en 227 U.S. 229, se repitió que el dominio de los lechos de los ríos navegables pertenece a los estados sujeto sólo al control del Congreso Federal.

50) Que en la década de 1920 dos nuevos pronunciamientos ratificaron los principios de Shively. En "Brewer Elliot Oil and Gas c/ United States" se tuvo en consideración que la concesión cuestionada parecía "a public purpose appropiated to the objects for which the United States held the territory" (un propósito apropiado al objeto por el que los Estados Unidos administran el territorio). En términos parecidos se expidió el Tribunal en "United States c/Holt State Bank" (270 U.S. 49) aunque cabe señalar que sostuvo que los lechos de las aguas navegables eran retenidos por el gobierno federal durante su administración *"for the ultimate benefit of future states and so has refrained from making any disposal thereof, save on exceptional circunstance" (para el beneficio de los futuros estados y para cumplir tal objetivo se había abstenido de llevar a cabo actos de disposición salvo en circunstancias excepcionales").* Términos más o menos simi-

lares, se reprodujeron en los casos de 295 U.S. 1 y 296 U.S. 10 y en el litigio, resuelto en 1969, entre la "Choctaw Nation" y el estado de Oklahoma, donde se recordó la doctrina de Brewer Elliot y United States c/Holt. Por último, en el caso "Montana c/United States" (450 U.S. 540, reseñado en Lawyer's Edition 67 2nd. 493) se dijo que el dominio de los estados sobre los lechos de los ríos navegables está sujeto a la sola limitación de la autoridad del Congreso ejercida para asegurar la libre navegación. También que la autoridad federal puede disponer sobre las tierras que constituyen el lecho de un río navegable y de esa manera restringir los títulos de un nuevo estado, si debe atender a obligaciones internacionales, la promoción del comercio internacional o interestadual o llevar a cabo otros de los propósitos para cuyo cumplimiento los Estados Unidos administraban el territorio. Se reiteraba así, en fecha reciente, una doctrina consolidada a lo largo de casi un siglo.

51) Que de esta extensa reseña pueden extraerse algunas conclusiones que se estiman conducentes: 1) que 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, como los recursos naturales afectados al uso y goce público, y por tanto asimilable a nuestros bienes de dominio público, con relación a los cuales sólo es reconocido si se lo ejerce para satisfacer los fines tenidos en vista para la creación del territorio y si surge de una clara e inequívoca manifestación de voluntad; y 5) que, salvo esta última circunstancia, los nuevos estados acceden con plenitud al dominio de estos bienes existentes en su territorio.

52) Que, por lo expuesto, cabe afirmar que la experiencia histórica de los Estados Unidos revela que las amplias atribuciones del legislador nacional le permitieron disponer, para el cumplimiento de los propósitos de colonización y desarrollo de los territorios, de las tierras afectadas a ese fin. Por tal razón, las fiscales pudieron ser cedidas, sin restricción alguna, a los particulares o continuar afecta-

das por el gobierno federal aun después de la constitución de los nuevos estados para cumplir con esos objetivos (por ejemplo: constituir reservas indígenas o ecológicas). En cambio, bienes como los lechos de los ríos navegables, considerados vías de comunicación públicas (public highways) y, por lo tanto, afectados al uso y goce general, sólo podían ser objeto de disposición o concesión si contemplaban el interés del futuro estado, sometido, por entonces, a la dependencia de la autoridad nacional. Esto resultaba compatible con el carácter de su administración temporaria, ejercida, como invariablemente lo sostuvo la jurisprudencia, "in trust for the future estates" (152 U.S., 1 y otros) y la naturaleza de ciertos recursos naturales que presentan las características que en nuestro régimen legal definen a los bienes del dominio público.

53) Que resta entonces por resolver si la disposición de las aguas del río Atuel, bien del dominio público, condición a la que no empece su carácter de río no navegable, efectuada por el gobierno nacional en su carácter de titular entonces de ese dominio, resulta oponible a La Pampa como lo afirma Mendoza. Es decir, es necesario comprobar si esa disposición atendió a los fines que justificaron la creación del territorio y que la legislación del gobierno federal debió contemplar (art. 67, inc. 14, de la Constitución) tal como se puso de manifiesto en el debate parlamentario citado en los considerandos 33, 34 y 35 y lo sostuvo la más autorizada doctrina, y si se evidenció a través de la inequívoca manifestación de voluntad que exigía la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Es claro que esa postura de la demandada no se concilia con otra, también expuesta en su contestación de demanda, por la que adjudica al gobierno de la Nación la decisión política de desarrollar el sur mendocino, toda vez que si bien ese propósito resultaría inobjetable en el marco del art. 67, inc. 16, de la Constitución, no se ve cómo podría inhibir el reclamo de la parte actora.

54) Que de modo alguno avalan aquella interpretación de la parte demandada los antecedentes parlamentarios de la ley 12.650 ni los términos del convenio suscripto entre el gobierno federal y Mendoza, habida cuenta, como se verá más adelante, de que no contienen, unos y otro, referencia al carácter interjurisdiccional del

río ni expresión, siquiera relativamente explícita, de que el gobierno nacional disponía, por intermedio de esos actos, de un bien afectado, en ese entonces, a su dominio público.

Esa autoridad, por lo demás, debía concurrir, como lo destacaba el diputado Cárcano, a estimular el progreso y el crecimiento de la prosperidad de esas regiones, único medio, cabría agregar, "de que se aseguren sus intereses para la actualidad y para el porvenir", actitud, por cierto, compatible con la incuestionada doctrina de la Corte norteamericana de que la autoridad territorial es ejercida, como se dijo, "in trust for the future states" (considerandos 33 a 35 y 52 de esta sentencia). Inferir de tales antecedentes, de particular relevancia para la decisión del tema, una voluntad del gobierno federal como la que pretende la demandada, que debió ser categóricamente expuesta, resulta inaceptable.

55) Que los considerandos precedentes han recogido y estudiado extensamente la cuestión planteada por la demanda acerca de los efectos del recordado convenio que celebró con el gobierno federal, y a la que acordaba singular gravitación en el supuesto de reconocerse como se ha decidido, la interprovincialidad del río.

Pero es del caso indagar si hay entre los antecedentes vinculados con el tema, y a los que se hizo una referencia sumaria en el considerando anterior, elementos que avalen esa interpretación.

56) Que ni los fundamentos del proyecto de ley presentado por el senador mendocino Gilberto Suárez Lago, ni las manifestaciones vertidas por el mencionado legislador y su par, Héctor González Iramain, en las sesiones parlamentarias correspondientes, hacen suponer el reconocimiento, siquiera implícito, de que el río Atuel fuera interprovincial o de que, al legislar sobre el tema, se comprometieran eventuales derechos del entonces territorio de La Pampa, sometido a la jurisdicción del Estado nacional. La iniciativa de Suárez Lago hizo mérito de las ventajas que habrían significado para Mendoza las obras propuestas toda vez que el río Atuel sirve en esa Provincia "extensas y feraces zonas vitícolas, frutícolas y hortícolas en los departamentos de San Rafael y General Alvear" (Congreso de la Nación, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1939, T. I, pág. 194/195). Las obras, insistió luego González Iramain, fueron previstas

para servir "una necesidad, que ha llamado angustiosa" de la Provincia cuyana originada en la circunstancia de que el río Atuel "riega, ahora, deficientemente, 70.000 hectáreas de esos departamentos de San Rafael y General Alvear, cuando están empadronados con derecho a riego en esa región, 132.000 hectáreas en posibilidad y en necesidad de recibirlo. Para salvar esa deficiencia los departamentos de irrigación de la Nación y de la Provincia de Mendoza han estudiado este proyecto y gestionan la realización de estas obras desde el año 1907" (pág. 197).

57) Que, por su parte, el diputado Palero Infante, quien informó en la Cámara de Diputados, hizo referencias "al esfuerzo de los hijos de Mendoza" que ha traído para esta Provincia una "grandeza y una pujanza económica extraordinaria" que atribuía al uso del agua de sus ríos, entre los que se encontraban —según sostenía— el Atuel y el Diamante, que riegan los departamentos de San Rafael y General Alvear. Todo ese esfuerzo —decía Palero Infante— era obra de los habitantes de la Provincia, por lo que consideraba "de justicia que la Nación se preocupe de contribuir a salvar la situación difícil que actualmente sufre la región mencionada" (Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Año 1940 IV, pág. 583).

58) Que estas manifestaciones como las restantes intervenciones suscitadas durante el breve debate que originó la discusión del proyecto, omiten toda referencia a la interprovincialidad del río, que, por el contrario, resulta implícita pero claramente considerado como mendocino, y no son distintas las conclusiones que arrojan el estudio de la ley 12.650 y el convenio suscripto, como consecuencia, entre Mendoza y el gobierno federal el 17 de junio de 1941. Este convenio (ver 1er. cuerpo, fs. 129/135), celebrado *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional y de la Legislatura provincial, da como destino de las obras "el aprovechamiento en primer término de los derechos empadronados en el Atuel, en la medida de lo posible" (art. 2º). Por su parte, el art. 3º define las características de las obras, y por el art. 8º el gobierno federal se obliga a entregar en las tomas de la presa la cantidad de agua necesaria a los cultivos en las épocas oportunas, de acuerdo a las disponibilidades de agua en el embalse. A fs. 136 y a fs. 243 obran copias de la ley 1427 de la Provincia y del decreto 106.004/3146 del Poder Ejecutivo Nacional

que aprueban el convenio. Este último texto hace referencia en sus considerandos a la finalidad de las obras ("mejorar las condiciones de los importantes regadíos del río Atuel, con 70.000 ha. actualmente regadas y 131.000 empadronadas con derecho a riego"). Conviene acotar, habida cuenta de lo expresado por Mendoza en su alegato, que no existe compromiso expreso del Estado nacional de "asegurar el riego de las referidas 132.636 ha." (ver fs. 49 vta.).

59) Que estos antecedentes indican que tanto las autoridades nacionales como las provinciales y, en particular, los integrantes del Congreso de la Nación que intervinieron en la preparación y discusión de la que sería la ley 12.650, 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. En esas intervenciones, como en los textos legales y administrativos atinentes, consideraron al río como interior de la provincia demandada, y la participación del gobierno federal resultó, en todo caso, encuadrada en el marco de las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución, más que derivada del ejercicio de las que le confería la legislación sancionada sobre la base del inc. 14 de esa cláusula constitucional.

60) Que decidida la interprovincialidad del río Atuel y descartado que el convenio entre el gobierno de Mendoza y el Estado nacional tenga efectos vinculantes respecto de la Provincia de La Pampa, corresponde el estudio de su reclamo, respecto de la participación en el aprovechamiento de sus aguas, cuya regulación ha solicitado mediante la invocación de las facultades que le acuerda el art. 109 de la Constitución.

61) Que ambas partes han reconocido que la intervención de esta Corte encuentra fundamento en lo prescripto en esa norma de la Constitución. Como se sabe, la cláusula supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de derimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente. Su aplicación por el Tribunal ha sido afortunadamente muy poco frecuente y resulta necesario, por lo tanto, fijar el marco conceptual en que debe desarrollarse su intervención.

62) Que es oportuno para ello recordar la opinión de Joaquín V. González sobre el particular. En su "Manual de la Constitución Argentina" destacó la importancia de los conflictos interprovinciales que podían comprometer la tan trabajosamente acordada unidad nacional, y sostenía que la adjudicación a la Corte de las causas pertinentes estaba fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre las provincias. "La Constitución quiso —decía el ilustre riojano— que después de largos años de guerra civil entre las provincias, tuviesen un juez común para sus contiendas de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella "Manual de la Constitución Argentina", pág. 616, ed. 1959). Al expresarse así González citaba "El Federalista", de George Hamilton, y los comentarios de Story a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

63) Que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requería que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial (Fallos: 165:83, entre otros).

64) Que resulta significativa la cita que González hace en su obra de las opiniones de Hamilton y Story, lo que indica, como los datos de la experiencia lo confirman, que era en el estudio de los antecedentes norteamericanos donde podían encontrarse los fundamentos de esta intervención de la Corte como árbitro final de semejantes conflictos y la naturaleza misma de los alcances de aquélla. Tal surge de la obra de Bernard Schwartz sobre los poderes del gobierno cuando estudia los poderes federales y estatales. En efecto, al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema afirma: "De acuerdo con el Supremo Tribunal, su jurisdicción originaria es uno

de los poderosos instrumentos que los constituyentes proporcionaron a fin de que estuviera disponible el adecuado mecanismo para el arreglo pacífico de las disputas entre los estados, y como prueba de su aserto recuerda el caso de 324 U.S., 439, donde la Corte señaló que los procedimientos judiciales ante ella eran el pacífico sucedáneo de la confrontación bélica o de la alternativa, imposible por la naturaleza de los estados, de la negociación diplomática (Schwartz: "los Poderes del Gobierno", T. I, pág. 472, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1966).

El mismo autor ponía como ejemplo de esa intervención los conflictos interestatales sobre utilización de las aguas que, según expresa, "han llegado a ser el segundo motivo que origina más litigios entre los estados de que conoce la Suprema Corte" (op. cit., pág. 473).

65) Que en uno de esos casos, el suscitado entre los estados de North Dakota y Minnessota, la Corte norteamericana expresó: "La jurisdicción y el procedimiento ante esta Corte en las causas entre estados difiere de los casos de demandas entre particulares. Esto nace de la propia génesis de la creación de los poderes que la Constitución le confirió como sustituto para el arreglo diplomático de las controversias entre entes soberanos y una posible respuesta al uso de la fuerza. La jurisdicción está, por consiguiente, limitada a las disputas que entre estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático. "Estos casos —añadía el Tribunal— deben ser planteados por un estado ante un daño o gravamen a su capacidad cuasi soberana". Pero, dada esta situación, la carga de la prueba pesa sobre el estado demandante de manera más acabada que si se tratara de igual exigencia en un juicio ordinario entre particulares, de forma tal que para la Corte ejerza su extraordinario poder para juzgar la conducta de un estado demandado por otro, la lesión a esos derechos amenazados debe ser de seria magnitud y establecida por una prueba clara y convincente (263 U.S. 365).

66) Que tales principios habían sido ya objeto de enunciación en el conocido caso de Kansas c/Colorado que dio lugar a repetidas intervenciones del Tribunal. En el registrado en el tomo 206, pág. 46, al discutirse las normas aplicables, reivindicó sus atribuciones:

Después de todo, dijo, el "common law" está formado por las reiteradas expresiones de los diferentes tribunales en sus esfuerzos para decidir qué es justo y correcto entre los individuos respecto de sus disputas privadas. Como el Congreso no puede formular tratados entre estados, como no puede, respecto a ciertos asuntos, obligarlos mediante su legislación a actuar independientemente, las disputas entre estados deben ser resueltas por la fuerza o, en su defecto, mediante un recurso ante los tribunales competentes para determinar su razón o su error. La fuerza, en nuestro sistema de gobierno, está abolida. El claro lenguaje de la Constitución otorga a esta Corte el poder para resolver estas disputas. Hemos ejercido ese poder en una variedad de casos, determinando en varios de ellos la justicia del reclamo. Ni aun queda desplazada nuestra jurisdicción admitiendo que Kansas y Colorado sean estados soberanos e independientes en asuntos locales y que sus relaciones dependan del derecho internacional. El derecho internacional no es ajeno a esta Corte ("International law is no alien in this tribunal"). También se recordaba la opinión de su integrante el juez Fuller que, en el fallo publicado en 185 U.S. 125, sobre el mismo caso afirmó: "sitting, as it were, as an international, as well as a domestic tribunal, we apply federal law, state law, and international law, as the exigencies of the particular case may demand" (actuando ya sea como un tribunal internacional o como uno nacional, aplicamos la ley federal, la ley local y la ley internacional según lo requieran las circunstancias del caso).

67) Que en la reiterada disputa sobre el aprovechamiento del río Arkansas, la Corte volvió sobre estos temas en el tomo 320 U.S. 383, donde sostuvo que el motivo de la prudencia judicial en adjudicar los derechos de los estados en casos semejantes al analizado se debía a que mientras la Corte tenga competencia en esas disputas, "debemos recordar que involucran los intereses de cuasi soberanos, presentan cuestiones delicadas y complejas y debido a la posibilidad de una futura alteración de las condiciones existentes, requieran más de una experta administración que de la 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". Este

era a juicio del Tribunal el medio más adecuado y recordaba que sometido un caso a su decisión, se requería por parte del demandante una categórica comprobación de sus derechos tal como lo imponían los precedentes citados.

68) Que, empero, es en el caso de Connecticut c/Massachussets (282 U.S. 660) donde las conclusiones sobre la intervención de la Corte aparecen más explícitas. También en relación con el aprovechamiento de aguas, se ratificó, —como se haría poco después en 283 U.S. 336—, que para la decisión de conflictos entre estados 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 (for the decision of suits between States, federal, state and international law are considered and aplied by this Courts as the experiences of the particular case may require. The determination of the relative rights of contending states in respect of the use of streams flowig through them does not depend upon the same considerations and is not governed by the same rules of law that are applied in such states of similar questions of private right). También se reiteraba la necesidad de establecer el derecho mediante evidencias claras y convincentes (clear and convincing evidence). No obstante y sin que ello invalide los alcances de estas decisiones, no puede dejarse de lado que influyen en estos casos los efectos de la autonomía legislativa estatal existente en aquel país y sus eventuales discordancias.

69) Que de lo expuesto, cabe concluir que los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una "causa civil" en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, por ejemplo la ley 48 o el decreto-ley 1285/58,

y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte, ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional; la competencia originaria en estos casos requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía. Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los estados (Fallos: 166:358, dictamen del Procurador General, Dr. Horacio R. Larreta), requieren para su solución que se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio. Que, en principio, será el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina "common law federal" y el derecho internacional público tal como lo admiten las dos partes de esta contienda.

70) Que las afirmaciones precedentes sirven para desechar la aplicación al presente caso de disposiciones del derecho privado como son, por ejemplo, la posesión y las acciones que la protegen, y los arts. 2645 y 2646 del Código Civil, que invoca, entre otras normas, la Provincia de La Pampa para fundar su pretensión.

71) Que es sabido que en nuestra legislación los ríos, sean navegables o no, forman parte del dominio público nacional o provincial (art. 2340, inc. 3º, del Código Civil) y que, por tal condición, se encuentran sometidos a él y fuera del ámbito del definido como privado. Por consiguiente, las restricciones a ese dominio, carácter que claramente corresponde acordar a las previstas en el art. 2646 dada su ubicación sistemática en el título VI del libro III de aquel cuerpo legal, parecen enteramente inaplicables al caso de autos. En efecto, no sólo cabría señalar que la nota al art. 2611 afirma el pensamiento del codificador en el sentido de que el "único objeto de ese título son las restricciones al dominio privado en mira a salvar otros derechos de las propiedades contiguas", sino porque aquéllas que ostentan tal carácter, pero sólo "en el interés público", son también excluidas del Código Civil y regidas, como lo dice el art. 2611 recordado, por el derecho administrativo. Si aun estas úl-

timas restricciones son ajenas al derecho civil, es indudable que pretender aplicar las que éste consagra a bienes del dominio público para decidir un conflicto interprovincial en materia de aprovechamiento y regulación de aguas, no es admisible.

72) Que igualmente improcedente es la aplicación de la acción turbatoria de la posesión. Este instituto parece inconciliable con las cosas que forman parte del dominio público del Estado y que, por consiguiente, están fuera del comercio (art. 2400 del Código Civil), y tal principio no resulta invalidado ni siquiera en el supuesto de admitirse defensas posesorias derivadas de relaciones nacidas del ejercicio de derechos reales administrativos como la concesión y el permiso; así lo ha establecido esta Corte en antiguos pronunciamientos (Fallos: 141:307; 146:363; 181:111). Por lo demás, gravitan en favor de tal opinión las modalidades que caracterizan a esta controversia entre personas de derecho público en el marco del art. 109 de la Constitución Nacional.

Pero la inaplicabilidad de tales normas no es óbice para que se resuelva el caso a la luz de otros principios invocados por la Provincia de La Pampa, aunque cabe advertir que interesarán de manera subsidiaria toda vez que su solución discurrirá por los caminos por los que encauzó su demanda, tal como se enunciará más adelante. No obstante, es oportuno hacer previamente otras consideraciones a las que esta Corte asigna relevancia.

73) Que resulta importante, en criterio del Tribunal, una breve referencia histórica vinculada a los procesos de colonización cumplidos a partir de las últimas décadas del siglo pasado en la parte noroeste de La Pampa y la región del sur mendocino. Esta descripción no descuidará, desde luego, la reconocida gravitación que los usos del agua del Atuel puedan haber tenido en el desarrollo, a todas luces desigual, de estas áreas de las respectivas provincias.

El llamado "Estudio de investigación histórica de la cuenca del río Atuel", elaborado por el Dr. Horacio Difrieri y que la parte actora acompañó con la demanda, trae abundantes referencias a los sucesivos intentos de relevamientos, registros catastrales y empresas de colonización, por lo que constituye un material apropiado para los fines perseguidos.

74) Que a fs. 141 de ese informe, el Dr. Difrieri hace alusión a la primera diligencia de mensura efectuada en la zona, que realizó hacia fines de 1884 el agrimensor Félix Dabadie sobre un campo ubicado, parte en la Provincia de Mendoza y parte en el entonces territorio de La Pampa, propiedad de Diego de Alvear, con una superficie de 509 leguas cuadradas de 2.700 ha. la legua. Para entonces, Dabadie pudo verificar la existencia de pobladores dedicados a la ganadería (fs. 144).

Poco tiempo después y concretamente en San Rafael, Mendoza, el geógrafo Corvetti, que visitó esa zona proveniente de la ciudad de Mendoza, comprobó el desarrollo de la colonización y la existencia de cultivos. Según expresa, "el desarrollo del cultivo traerá el desenvolvimiento "de la región, y ya la ley de colonización del 13 de abril de 1875 preveía "la construcción de canales de riego en las colonias que mandaba formar en el sur". Pero sólo por ley del 25 de noviembre de 1880 se encaró seriamente el problema y se dispuso la construcción de la obra, que tenía por objeto formar una zona de cultivos alrededor de la villa nueva de San Rafael. Por decreto del 27 de julio de 1882 se licitó la obra y el 2 de marzo de 1883 —cita Difrieri— se aprobó el contrato. En 1882, el gobierno de Mendoza creó subdelegaciones de agua en San Rafael y Tunuyán, y dos años más tarde se concedió el primer derecho de aguas del Diamante.

Hacia 1885 la memoria preparada por la Provincia cuyana para la exposición interprovincial a celebrarse ese año informaba que en San Rafael existían 10.222 ha. de terrenos cultivados y para 1890 se preveía en esa zona un loteo de 120 km^2 cuya cabecera sería un pueblo denominado Villa Felicia (Difrieri, fs. 244 y 245). El informe del ingeniero Carlos Wauters, aunque crítico acerca del manejo del recurso, ilustra sobre el desarrollo de San Rafael (fs. 246/253). En 1921 se organiza una subdivisión de tierras en San Pedro del Atuel (Carmensa).

75) Que son igualmente ilustrativos los cuadros que acompaña el certificado mencionado a fs. 284/286. En ellos se puede comprobar que de 1.427 ha. cultivadas en San Rafael en 1884, se pasa a 13.030 en 1888, a 16.196 en 1895 y 27.600 en 1908. En 1885, las irri-

gadas con agua del Atuel suman 10.222 ha. Para 1929, los cultivos llegan ya a 70.000 ha.

Estos datos, o algunos de ellos, son ratificados en el "resumen explicativo" de la Comisión de Estudios Hidráulicos de los ríos Atuel y Salado, del año 1932, elaborado por el Ing. Tapper. Allí se indica que "de unas pocas miles de hectáreas habidas en 1907, se ha pasado a decenas con tanta rapidez que en el año 1930 ya se había llegado a unas 70.000. Para Tapper se había alcanzado el máximo de aprovechamiento por lo que se aconsejaba una "científica y racional distribución" (fs. 258/261).

76) Que el informe del perito en historia Dr. Combetto ratifica los datos apuntados por Difrieri y agrega otros. Para 1913, afirma, había empadronadas 97.424 ha. en San Rafael y destaca que en 1903 esta ciudad "queda vinculada a la red general de ferrocarriles" (fs. 70, cuerpo XXXIII, ver también fs. 96 cuerpo XIII). Parecían cumplirse así las predicciones del general Roca, que otorgaba al departamento de San Rafael gran importancia futura. El Atuel y el Diamante, decía Roca en 1876, "están esperando que venga la mano del hombre a sacar canales de sus flancos, para fecundar cientos de miles de cuadras que se pueden cubrir de viñedos" (fs. 68, cuerpo citado).

Por último, en sus conclusiones, Difrieri destaca que "las aguas del Atuel son utilizadas desde fines del siglo pasado para la irrigación en la zona de San Rafael y, más tarde, de General Alvear", que en 1924 existen "varias colonias con cultivos sistemáticos que abarcan gran extensión" y que ya con anterioridad a 1948, cuando comenzó a funcionar el sistema de diques, las sangrías eran tan caudalosas que se había alcanzado "el punto crítico señalado *ad nauseam* por los técnicos". También informa Difrieri que las explotaciones agrícolas eran en 1947, 2.020 en General Alvear y 5.559 en San Rafael, y en 1974 alcanzaban a 3.400 y 7.338, respectivamente (fs. 280). El mismo autor da para 1973/1974 una superficie efectivamente irrigada de 105.732 ha., sin distinguir si lo son con las aguas del Atuel o del Diamante.

A su vez, el peritaje económico reproduce las cifras del censo de población de 1980. Ellas atribuyen a los departamentos de San Rafael y General Alvear un total de 186.805 habitantes, de los que, según

la demandada, alrededor de 100.000 se ubican en el área dependiente del Atuel (ver fs. 395). En cambio, en los de Chalileo y Chicalcó, en La Pampa, hay 3024 habitantes (peritaje económico, cuerpo XXXVI, fs. 45).

77) Que mientras este proceso de colonización y desarrollo regional se producía en el territorio mendocino, la situación en el noroeste de La Pampa no presentaba iguales características.

El gobierno de la Nación, administrador de los varios territorios incorporados como consecuencia de la conquista del desierto y, entre ellos, el que sería antecesor de la actual Provincia de La Pampa, debió legislar para organizar esas tierras. La ley 1532, ya citada en esta sentencia, organizó administrativamente a los territorios y leyes como la 4167 del 8 de enero de 1903, procuraron el fraccionamiento y uso de las tierras fiscales. Precisamente, con este propósito se dispone la creación, en 1908, de una colonia agrícola en La Pampa que sería la denominada Butaló.

78) Que esa colonia, cuyos antecedentes y evolución describe el perito Combetto (pregunta LP 97, cuerpo XXXIII) estaba destinada a labores agrícolas y "emplazada en la zona árida pampeana", dependía del agua subterránea o la proveniente del Atuel (fs. 31, cuerpo citado). En 1910, el administrador de la colonia destacaba su ubicación, distante unas cuarenta leguas al oeste de la estación Telén, punta de rieles del ferrocarril a Bragado y cuatro leguas del entonces "paraje denominado Santa Isabel, muy próximo al río Atuel". Sus expectativas no son muy alentadoras: situada lejos de centros de población y de estaciones ferroviarias, sus productos soportarán pesados fletes que encarecerán sus costos y provocarán "precios sumamente exagerados y por consiguiente imposibles de obtener" (fs. 32). Además, era indispensable la instalación de líneas férreas (recordemos que en 1903 el ferrocarril había llegado a San Rafael).

El administrador, Santiago F. Vacca, llevó adelante un censo que comprobó que todos los lotes tenían un concesionario, salvo unos pocos, que "sólo se encuentran ocupados por intrusos cuatro lotes dedicados a la ganadería" y que el resto "permanece baldío". Un único lote tenía vestigios de siembra de maíz en una superficie de media

hectárea (fs. 35). En 1911, un nuevo informe reitera las dificultades de la colonia (fs. 35/37).

79) Que esas perspectivas no mejoran en informes posteriores. En 1913 se destacan los pocos adelantos: la sequía y las difíciles comunicaciones crean graves dificultades. Estas últimas son una barrera insalvable para el productor y se reitera la necesidad de que llegue el ferrocarril; en 1915 el inspector informa que no ha encontrado "un solo concesionario, vecino o intruso que no esté perfectamente de acuerdo con manifestar que son peregrinas, antojadizas e ininteligibles las opiniones que en sentido favorable pueden hacerse referente a la aptitud de estas tierras". La mitad de la colonia se ve inundada —agrega— por "los continuos desbordamientos del río Atuel y del arroyo Butaló" (fs. 40). A ello se une la escasa calidad de las pasturas naturales y la condición salobre de aquellas aguas.

80) Que para 1920, cuando ya se alude a desvíos del curso, la colonia "se encuentra casi en su totalidad baldía" (fs. 42). Difrieri también cita este informe que señala que el Atuel sufre derrames "por los embalses continuos que efectúan en la provincia vecina" (Mendoza). La Comisión de la Inspeción General de Tierras que realizó la inspección considera oportuna la celebración de convenios entre el gobierno nacional y Mendoza para aprovechar el riego y aconseja "la creación de un pueblo en el paraje de Santa Isabel donde hay bastante población diseminada en puestos pastoriles con pequeños cultivos de consumo local" (fs. 182). Para ese entonces, la superficie cultivada con riego del Atuel en Mendoza, alcanzaba a 48.625 ha (fs. 188).

Por último, cabe señalar que en 1934, como consecuencia de desvíos del curso de agua que motivan la protesta de algunos vecinos, la Dirección Nacional de Irrigación, que "no tiene ningún antecedente sobre el aprovechamiento de agua para riego en el territorio de La Pampa", considera oportuna la propuesta de levantar un censo de usuarios. Las comisarías de Algarrobo del Aguila y Santa Isabel son las encargadas de efectuarlo: la primera sólo registra a Fidel Páez y Marcelino Zuñiga, "únicos posesionarios de tierras"; la segunda a Sisto Pereyra, Eleno Casenave y Aníbal del Río.

81) Que estos antecedentes, reveladores de la temprana existencia de un polo de desarrollo en el sur mendocino, fruto de una política decidida de colonización por parte del gobierno provincial y al que contribuyó, asimismo, el gobierno nacional, muestran un marcado contraste con la situación del noroeste pampeano, donde sólo el frustrado intento de la colonia Butaló parece indicar alguna preocupación de las autoridades federales para promover su explotación agropecuaria. Mientras los planes de expansión en San Rafael ocupan ya en las postrimerías del siglo pasado al gobierno mendocino y el ferrocarril llega en 1903 a la región (en 1908, 27.600 hectáreas están bajo cultivo según Difrieri), sólo hacia 1909 culminan las tareas preparatorias de la puesta en marcha de Butaló, cuyas inmediatas dificultades, provenientes no sólo de los usos del agua del Atuel en Mendoza, ya se han destacado.

82) Que este testimonio de los destinos desiguales de una y otra región, que tantos otros ejemplos ilustran en sus consecuencias no deseadas, exige una valoración objetiva que prescinda de todo juicio crítico toda vez que, en definitiva, la garantía constitucional de la igualdad entre los estados que forman una federación, no importa la igualdad económica (339 U.S. 706) e influirá al momento de pronunciarse sobre la gravitación de los usos preexistentes, tema que, por su trascendencia, ha justificado estas referencias históricas.

83) Que sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán más adelante, resultan de particular trascendencia los alcances que la actora otorgó al contenido de su pretensión y que, a juicio de esta Corte, determinan el ámbito litigioso. En efecto, cuando contestó la excepción de defecto legal opuesta por la contraparte expresó: "La petición es clara y precisa, y si alguien pretende que se establezca qué porcentaje de agua del módulo del río Atuel peticiona La Pampa, no quedan dudas que ello es imposible determinarlo *a priori* y que surgirá fehacientemente de toda la prueba a producirse y máxime *cuando su representada ha expresado reiteradamente que respetará los usos consuntivos efectivos actuales de la cuenca*. Caso contrario hubiese reclamado directamente el 50 % de las aguas del río Atuel" (ver fs. 460 vta.).

84) Que esa decisión de respetar los usos consuntivos "efectivos" y "actuales" supone, naturalmente, limitar el reconocimiento a aquellos

que resulten racionales a la luz de los sistemas de riego existentes. Supone, también, que en esos límites no importan turbación del derecho de La Pampa.

En tales términos es, por lo demás, que cobran trascendencia los puntos periciales incorporados, de común acuerdo, en los cuestionarios presentados a los expertos agrónomos e hidráulicos; en particular, los destinados a determinar la extensión de las superficies efectivamente regadas en las áreas del Atuel, los requerimientos de agua que suscitan y las dotaciones utilizadas, así como la eficiencia de conducción y la oferta hídrica existente.

85) Que los peritos agrónomos, como asimismo los fotointérpretes, han debido establecer las superficies efectivamente regadas en el área del Atuel. A los primeros se les requirió informes sobre las que lo fueran en forma permanente, en forma no permanente (como máximo uno de cada tres años), y aquellas que no han sido regadas en los últimos cinco años (pregunta C 22, fs. 14/18, cuerpo XXVIII). Para contestar el punto los expertos han considerado el ciclo agrícola 1979/80 y han clasificado las tierras en diferentes categorías. Según sus estimaciones, el 84 % de la superficie cultivada y regada corresponde a cultivos de carácter perenne, como viñas, frutales, alfalfa y otros que requieren riego todos los años, y el 16 % restante está destinado a cultivos anuales. Estos, más una superficie de 14.726 ha, configuran un área dentro de la cual rotarían los cultivos de manera que, cada tres o cuatro años, se regaría un porcentaje que variará en función de la demanda de los productos de cultivo anual. Hay, además, una supeficie que se califica de abandonada que, aunque sistematizada, puede estimarse como no regada en los últimos cinco años. Aclaran que los cálculos admiten pequeñas diferencias en las áreas sometidas a rotación y las consideradas como abandonadas y concluyen, en este aspecto, que las superficies que dan como cultivadas y regadas deben entenderse como netas, o sea que no incluyen construcciones, caminos interiores, acequias, etc. Sobre la base de estos elementos elaboran, finalmente, el cuadro de fs. 18 que da una superficie cultivada y regada —aguas abajo de Valle Grande— de 61.034 ha. subdividida en la afectada a cultivos perennes y anuales y una superficie sistematizada no cultivada de 24.388 ha., dentro

de la cual 14.727 ha. están sometidas al régimen de rotación y 9.661 se definen como abandonadas.

86) Que, a su vez, los fotointérpretes efectúan su propia clasificación, que no difiere de la de los agrónomos. En ese sentido, describen las superficies sistematizadas que son "las áreas de la región que en el año de referencia (1979) estuvieran cultivadas, preparadas para cultivar o exhibieran claros indicios de haber sido cultivadas en el pasado" que comprenden 90.000 ha.; las superficies efectivamente regadas, obtenidas según las técnicas habituales en fotointerpretación que excluyen servicios no directamente vinculados al riego ni discriminan el origen del agua y que ascienden a 68.160 ha. y las que califican de cultivadas "brutas" que incluyen las abandonadas que suman 78.000 ha. (fs. 1/13, respuesta al punto c 28, en particular ítems 2.1.5.1. a 2.1.5.4. cuerpo XXXII).

87) Que estas conclusiones merecieron el requerimiento de explicaciones por ambas partes y, en lo que hace al peritaje agronómico, la impugnación de la actora formulada en términos inconsistentes (ver fs. 644/650, cuerpo XXXI). De las explicaciones de La Pampa, resulta significativa la que persigue precisar el área efectivamente regada por el Atuel toda vez que —a su juicio— se involucran en la calculada por los agrónomos, zonas abastecidas por aguas que no provienen de ese río como los aportes del arroyo La Aguadita, pero es evidente que no cabe otorgar a la respuesta de los peritos una condición tan asertiva como lo pretende la actora habida cuenta de que la reducción que efectúan es sólo "para el supuesto" de que no deriven del Atuel (ver fs. 660/661 vta., cuerpo XXXI). Por su parte, las formuladas por Mendoza no alteran las pautas esenciales del informe (fs. 633/642).

En lo atinente al peritaje en fotointerpretación, tampoco pueden extraerse consecuencias significativas de las explicaciones suministradas. La Pampa pretendió que los expertos aclararan si el material fotográfico utilizado permitía diferenciar la superficie cultivada de la sistematizada pero cubierta por maleza, a lo que respondieron que la imposibilidad de hacerlo sólo podía existir en pequeñas zonas intercaladas (fs. 62, cuerpo XXXII), y Mendoza preguntó, sin éxito, si la condición de "superficie abandonada" correspondía a

la situación existente en 1979 o era comprensiva de la de los últimos cinco años anteriores (fs. 67/68 del citado cuerpo).

88) Que de los antecedentes reseñados surge la necesidad de determinar cuál es la extensión de la superficie efectivamente abastecida con agua del río Atuel sobre la cual las partes discrepan. Mientras La Pampa la estima en 54.178 ha. al deducir los aportes que atribuye a caudales foráneos, Mendoza sostiene que debe computarse la que aparece como sistematizada en los cálculos de los fotointérpretes, es decir, 90.000 ha.; aunque no resigna su derecho a regar las 132.636 sobre las que existen concedidos derechos de riego.

Si bien no ofrece dificultades desestimar esta última pretensión, toda vez que ninguna vinculación presenta con los usos consuntivos reales, la exclusión de la superficie sistematizada no resulta tan sencilla. En rigor, está constituida por tierras que según los fotointérpretes exhiben "claros indicios de haber sido cultivadas en el pasado", lo que demandó esfuerzo e inversiones, pero no es menos cierto que ostentan la condición de abandonadas que, según los agrónomos, es la calificación que merecen las no regadas en los últimos cinco años. En cambio, parece exageradamente restrictivo limitar el concepto a las 54.178 ha. como lo pretende La Pampa, habida cuenta de que, por un lado, no se ha acreditado con el grado de certeza necesario que haya caudales no provenientes del Atuel que justifiquen la reducción a esa cifra y, por el otro, porque los propios agrónomos demostraron las variaciones estacionales de la superficie regada en las sucesivas campañas agrícolas (ver fs. 16/17, cuerpo XXVIII).

Por esas razones, el Tribunal entiende que resulta apropiado computar el área sometida a rotación de cultivos, toda vez que si bien no encuadra en la condición de sujeta a riego "permanente" que definen aquellos expertos, se encuentra en ese estado por las exigencias de un buen uso agrícola. De tal forma, la superficie afectada al riego derivado de las aguas del río Atuel alcanza a 75.761 ha., que es la que los técnicos agrónomos determinan como resultante de la adición, a la que dan como efectivamente regada, de las sometidas a aquella modalidad del cultivo, y que no difiere, en sustancia, de la que los fotointérpretes definen como cultivada "bruta", que agrega, además, las áreas afectadas a servicios interiores (ver punto 2.1.5.2., fs. 6,

cuerpo XXXII). Obviamente, quedan fuera de consideración las tierras abandonadas.

89) Que, asimismo, se solicitó a los peritos agrónomos e hidráulicos el cálculo de los requerimientos de agua en las actuales zonas de riego del Atuel. Al contestar la preguna C 21 (ver fs. 4/13 del cuerpo XXVIII) los agrónomos fijaron los concernientes a los usos agrícolas y conexos (consumo de los vegetales, eficiencia de conducción, operación y aplicación y el agua necesaria para el lavado de los suelos salinos) y otras actividades. En cuanto a los primeros, que constituyen el renglón más significativo, establecen un requerimiento de 16.386 m^3 por ha. anuales, cantidad que constituye como lo aclaran, la célula de cultivo incluido el requerimiento de lavado y con una eficiencia general estimada en 0.50, que no es, conviene dejarlo aclarado, la real en el sistema de riego analizado. Tal conclusión fue motivo de impugnación por la actora y de las explicaciones de fs. 647 y 648, que no parecen sustantivas, como así tampoco las que intentó la demandada, de manera que aquella cifra puede ser aceptada como los fundamentos técnicos en que se apoya. Por lo demás, no hay objeciones técnicas fundadas respecto de la magnitud del requerimiento para lixiviación.

90) Que, por su parte, los peritos hidráulicos también dieron su opinión sobre el tema. Así, al comentar el trabajo del Ing. Cotta que La Pampa acompañó con el escrito de demanda, sostienen en el punto "F" que el requerimiento no ya teórico sino aplicado a la eficiencia actual del sistema que es de 0.30, arrojaría la cantidad de 1.667 hm^3 por año que disminuiría a 1.000 hm^3 si se mejorara el rendimiento a 0,50. Todas estas cifras aplicadas a las necesidades de 61.034 ha. que, como se sabe, no constituye la superficie admitida por el Tribunal. Estos datos basados en las estimaciones de los agrónomos se reiteran en el anexo "D" del peritaje (fs. 160/162, cuerpo XXIV).

91) Que la determinación de esas necesidades constituye tan sólo el primer paso en la comprobación de la eficacia del sistema de riego mendocino, a cuyo muy deficiente funcionamiento atribuye La Pampa que el agua del Atuel no llegue a su territorio en condiciones que permitan su aplicación al riego. Es también importante, a estos fines, determinar la magnitud de la oferta hídrica o disponibilidad de agua

afectada, no sólo por esa alegada ineficiencia, sino por las pérdidas que se producen, ubicadas principalmente como lo señalan los peritajes, en la zona conocida como Las Juntas, aguas arriba del área de riego.

92) Que como ya se explicó en los considerandos precedentes, el Atuel presenta en Las Juntas pérdidas considerables respecto de cuyos efectos, analizados por los peritos hidrogeólogos e hidrólogos, ya ha hecho mérito esta sentencia (ver considerandos 15 y sigs.). Por ejemplo, a fs. 5 del cuerpo XVII los hidrólogos informan que "en el tramo del sistema del Atuel, comprendido entre las estaciones de aforo del río Salado en Cañada Ancha, Atuel en el Sosneado y Atuel en La Angostura, se producen pérdidas de caudal cuya magnitud representa en promedio para el período 1972/1981 el 29,7 % del aporte al sistema, lo que equivale anualmente a 501,8 hm^3 o un caudal medio de 15,9 m^3/s. Dichas pérdidas son producto de las infiltraciones que ocurren en el tramo superior de ambos ríos, antes de su confluencia total en la zona de Las Juntas. Estas conclusiones son compartidas por los ingenieros hidráulicos, que admiten cifras prácticamente idénticas (ver anexo B fs. 95, anexo D, fs. 158). Otras pérdidas son detectadas en el tramo donde están instaladas las obras hídricas, tal como lo recuerdan los ingenieros hidráulicos siguiendo al peritaje en hidrogeología (anexo D, fs. 158/159).

Sobre la base de estos elementos de juicio se llega a una oferta hídrica de 1.204 hm^3/año resultante de la disponibilidad anual media al pie de la presa de Valle Grande, equivalente a 918 hm^3, de la proveniente de aguas subterráneas, que suman 150 hm^3, y de las recuperadas en la red de riego (fs. 162, anexo D, cuerpo XXIV). Cabe señalar que el aporte de aguas subterráneas, utilizado por bombeo, comprende no sólo el del Atuel sino que involucra, sin que se precise la proporción, el del río Diamante (fs. 33, cuerpo XXIV).

93) Que habida cuenta de los requerimientos de que se ha hecho mérito, calculados según el grado de eficiencia de la red de riego, ya sea que se adopte una referencia teórica o una real, y confrontadas esas necesidades con la oferta hídrica, podrá determinarse la existencia de excedentes o faltantes, es decir, si el recurso hídrico es suficiente para abastecer el uso consuntivo en Mendoza y factible de

aprovechamiento para usos agrícolas en La Pampa, o si, por el contrario, sólo cubre aquella utilización que la actora ha admitido en la medida de su racionalidad. Desde luego, juega aquí un papel muy importante la eficacia del sistema de riego. Es necesario advertir, por lo demás, que las cifras manejadas por los expertos deben relacionarse con la superficie de 75.671 ha. reconocida por la Corte.

94) Que, como un paso previo necesario, corresponde hacer referencia al sistema de riego del Atuel. Al responder a la pregunta C 27, los ingenieros agrónomos hacen una descripción de sus características más destacadas.

Según lo afirman, la "importante obra de riego del río Atuel" es similar, en su extensión, a la existente en el Alto Valle del Río Negro con rasgos, en cuanto a sí misma y a su administración, semejantes a los existentes en otras redes de riego del país. Para los expertos, son la consecuencia "de la forma en que se inicia la evolución del área a fines del siglo pasado y primeras décadas del presente. Su desarrollo ha sido inorgánico, lento en el tiempo y, esencialmente, fruto del empeño de la actividad privada, que se extendió dentro de la limitada estrechez de sus posibilidades; sin apoyo técnico en riego desde el punto de vista agronómico pero con el entusiasmo propio de los pioneros". La zona de riego está ubicada —como ya se señaló— al sur de la Provincia de Mendoza, en los departamentos de San Rafael y General Alvear, a lo largo de 100 hm a ambas márgenes del río, predominando el área regada, en una proporción de un 80 %, sobre la costa izquierda de su curso. Existen —informan— dos zonas diferenciadas, unas aguas arriba de la presa de Valle Grande y otra, que concentra el 98,8 % del riego, aguas abajo de esta última.

También integran el área el dique El Nihuil con sus centrales hidroeléctricas y la presa compensadora de Valle Grande y "rutas troncales pavimentadas, ferrocarriles, profusa red de caminos pavimentados y de tierra, líneas de alta y baja tensión, puentes, poblaciones y el importante centro comercial de General Alvear" (fs. 42 vta./43, cuerpo XXVIII).

El área servida por el Atuel está ubicada en una región árida, con una precipitación media anual levemente superior a los 300 mm,

temperatura media de 15° y excelente insolación. Estas características se dan también en la zona de Santa Isabel, ya en territorio pampeano (fs. 42 vta./43).

95) Que el aprovechamiento de las tierras basado en el riego se inició a fines del siglo pasado al punto que hacia 1909 se estima entre 6000 y 7000 ha. la superficie regada. Años después y "no más allá de 1930" se integró la totalidad de la red de riego por gravitación existente en la actualidad, y a partir de 1960 comenzó el uso complementario por el método de bombeo. Casi en su totalidad recibe el agua de la presa de Valle Grande que compensa las aguas que provienen del dique El Nihuil y una "profusa red de canales comienza a extenderse a 12,7 km de la compensadora y se desprenden del río, 13 canales matrices de distintas magnitudes que alimentan el área regada" (fs. 43 vta.) y que conjuntamente con ramales, canales menores e hijuelas abarcan una "importante infraestructura que alcanza a 2451 km" (fs. 44). Existe, asimismo, una red de desagües de 1128 km.

El sistema —continúan— está administrado por el Departamento General de Irrigación creado mediante la sanción, en el orden provincial, de la ley general de aguas de 1884 y su complementaria de 1888.

96) Que el estudio de la administración del sistema indica que, en cuanto a captación y almacenamiento, los diques de El Nihuil y Valle Grande desempeñan una importante función que se ve afectada por la falta de una sistematización adecuada aguas abajo. Juegan de manera negativa una serie de circunstancias que puntualizan a fs. 49 y que los lleva a afirmar que "todo el sistema de riego y drenaje del río Atuel lo podemos considerar en regular estado, con dificultades en cuanto a las entregas de agua, especialmente en lo que hace a la captación del agua desde el río" (fs. 50). Formulan otras consideraciones sobre la operación y el mantenimiento y concluyen, como síntesis, que "a pesar de ser el sistema de riego de magnitud significativa, complejo y de avanzada edad, se lo opera y administra en forma razonable" (fs. 51). Por último, realizan una detallada descripción de la red.

97) Que, por su parte, los peritos hidráulicos dedican el anexo C de su peritaje (cuerpo XXIV) a la descripción de la red. Destacan

que el río Atuel "a través de su sistema de riego actual, tiene primerísima participación en la explotación agrícola frutihortícola de una importante región ubicada en los departamentos mendocinos de San Rafael y General Alvear" y que aquélla no se adecua "en su diagramación general, a lo que sería una red sistemática, sino a un conjunto de subredes independientes entre sí que responde a 13 canales matrices existentes. Su extensión es de 594 km, dentro de los cuales sólo el 5,7 % está revestido" (fs. 141/150, 155/156).

Por otro lado, a fs. 39 del peritaje, califican al sistema como "precario y vetusto, en malas condiciones de funcionamiento, con escasas tareas de mantenimiento y renovación" que se dificultan por "su alto costo en relación a los beneficios posibles". De tal manera, las obras de derivación actuales, "es decir las de tomas libres en los canales matrices de la red de riego, no están en condiciones de abastecer las demandas máximas" que se operan en los meses de noviembre a febrero (fs. 48).

98) Que estas conclusiones hacen necesario establecer, en un sentido técnico, el grado de eficiencia del sistema y los métodos posibles de mejoramiento toda vez que —como se anticipó— el reconocimiento de los "usos consuntivos efectivos actuales" que efectúa La Pampa sólo cobra sentido de no existir, como lo afirma, una grave ineficiencia y gran derroche de agua. A tal efecto, adquieren singular gravitación los informes de los agrónomos, especialmente su respuesta a los puntos C 23 (fs. 22/28, cuerpo XXVIII) y C 25 (fs. 36/40 de ese mismo cuerpo).

99) Que esos expertos discriminaron los conceptos de eficiencia en la conducción, en la aplicación y en la operación para finalmente subsumirlos en el omnicomprensivo de eficiencia general. La conducción por los canales matrices fue calculada sobre la base de aforos efectuados en el ámbito de canales matrices, ramales e hijuelas en una extensión de 155,05 km. y arrojó un promedio del 70 % (0,70), la eficiencia de aplicación comprobada sobre el trabajo en fincas es del 50 % (0,50) y la de operación del 85 % (0,85) para lo cual tomaron en cuenta la existencia y estado de las obras de distribución que estimaron aceptables "dentro del tiempo de su uso" y la organización del régimen (fs. 24/vta.). Con esos elementos, determinaron

la de carácter general a la que definen como "la que indica en forma cuantitativa cómo se utiliza el agua de riego. En suma —afirman— cuánta agua de la ingresada al sistema es positivamente aprovechada por los cultivos y cuánta se pierde por percolación, descarga a los desagües, lagunas, etc." (fs. 24 vta./25). El resultado de esa estimación alcanzó a un grado de eficacia general de 0,2975, aunque se adoptó 0,30 que se ubica en el rango de baja pero en el límite de la calificación regular dentro de la escala que elaboran (fs. 25). Esto significa que el 70 % del agua derivada del río al sistema de riego se pierde.

100) Que esos cálculos son, a juicio de los expertos, acordes a "los valores generales de otras obras de riego del país en estado similar en cuanto a las características de sus sistemas y modalidades de operación. Esto —sostienen— no significa que esa calificación no puede ser mejorada con la aplicación de nueva tecnología, aspecto que consideran al contestar la pregunta C.25 (fs. 36 y sigs.).

En tal sentido, "todas las obras de riego que han superado los cincuenta años de uso, de las características de construcción y estado en que se encuentra el sistema de riego del río Atuel, necesitan entrar en un decidido programa de rehabilitación integral de su red de riego y drenaje, como también a nivel de parcela, para poder cumplir tres objetivos fundamentales: ahorrar agua, mejorar y prevenir el problema de salinización y/o sodificación de los suelos e incrementar los rendimientos unitarios de las cosechas". Pero ese programa requiere un "esfuerzo técnico, humano y económico financiero" que es "muy difícil encararlo total y decididamente" (fs. 36). Una serie de acciones "debidamente proyectadas y planificadas" permitiría alcanzar una eficiencia del 50 % (0,50) considerada buena, y en el piso de la estimada óptima (ver fs. 25) pero —reiteran— el valor del 30 % (0,30) es el que se encuentra comúnmente en nuestro país y también en otros (fs. 36 vta.).

Los problemas principales que se comprobaron tanto en las obras como en las fincas derivan de la inexistencia de un desarrollo planificado, la carencia de un plan orgánico de rehabilitación —aunque ha habido importantes acciones en aspectos parciales— y la existencia de ciclos de escasez de agua que, con la construcción de los diques, pudieron superarse en parte.

En suma, para los Ings. Casamiquela, Mizuno y Roca, que suscriben de común acuerdo el dictamen, "son importantes las causas que han originado los problemas detectados" pero se "repiten en la gran mayoría de las áreas de riego del país. Es más, en América, Estados Unidos y Méjico son los países con mayores superficies regadas. Ambos tuvieron y tienen los mismos problemas, originados por causas similares a las antes señaladas" (fs. 37). No obstante, agregan, existen medios técnicos pero costosos, para mejorar la situación, aunque puede encararse un plan de acción inmediata, de alcances más modestos, que describen a fs. 40.

101) Que esas conclusiones merecieron la impugnación de La Pampa en términos que no llegaron a conmoverlas, toda vez que se reiteraron las insuficiencias que presentaron otras como ya el Tribunal pudo señalar (ver consid. 87). Tampoco son significativas las explicaciones requeridas a fs. 647 vta./650, cuerpo XXXI. En cambio, se considera un material útil para corroborar la real trascendencia de la eficacia adjudicada al sistema, la prueba documental ofrecida por Mendoza como "anexo Q" con el escrito de contestación de demanda (fs. 318/321). Como la contraparte ha reconocido su autenticidad formal y ha limitado su observación a que las estimaciones comparativas que contiene son meros "comentarios (no citas textuales) sobre textos que versan acerca de la eficiencia general del sistema de riego, comentarios que son a título personal del Ing. Ag. Osvaldo Cappé" sin controvertir, como pudo haberlo hecho, los datos allí vertidos provenientes de una obra notoria en la materia: "On Irrigation Efficiencies" de M. G. Bos y J. Nugteren publicado por el Instituto Internacional para Rehabilitación y Mejoramiento de Tierras, de Wateningen, Holanda (ver fs. 318/321 y fs. 486 vta.), la Corte cree apropiado, ante tan débil objeción, considerar dicha prueba documental, por lo demás, reproducida íntegramente en el memorándum técnico nº 30 "Sobre las eficiencias de riego", que publicó la Subsecretaría de Operación de la Secretaría de Recursos Hidráulicos de la República de Méjico. Allí, en estricta correspondencia con lo informado por el Ing. Cappé, se indica que sobre un total de 56 proyectos de riego encuestados por la Comisión Internacional de Riego y Drenaje, 32 se ubican bajo la pauta de eficiencia general del 30 % (0,30), 14 entre 0,31 y 0,40 y sólo 4 superaron el 0,50. Cabe desta-

car que la encuesta distribuyó la investigación en cuatro áreas climatológicas y una de ellas con 28 casos correspondía a zonas de gran escasez de lluvias y dependiente totalmente del riego.

102) Que, por otra parte, el concepto de eficiencia de un método de utilización de agua ha sido precisado por autores y las decisiones recaídas en el ámbito del derecho internacional.

Jerome Lipper, en el artículo sobre "Equitable Utilization" señala: "As respects the efficiency of the method of utilization, as in most other rivers problems, the matter must be considered in a relative sense. There can be little doubt that an international tribunal would not countenance waste due to willfulness of indifference by a coriparian state, where the waters of the rivers are insufficient to meet the needs of all. Where, however, inefficiency stems not from misfeasance or malfeasance, but from limitations of technical and financial resources, the result may well be different. It may be, unreasonable, for example, to expect, and thus to require, an underdeveloped state to meet the standard of efficiency for the utilization of irrigation waters prevalent in parts of highly developed countries": ("The Law International Drainage Basing", 1967, publicado por el Instituto de Derecho Internacional, de la Universidad de Nueva York). (Respecto de la eficiencia de un método de utilización, como en otros problemas propios de los ríos, el punto debe ser considerado en un sentido relativo. Puede haber pocas dudas de que un tribunal internacional no protegerá perdidas debidas a la mala voluntad o indiferencia del estado corribereño, donde las aguas son insuficientes para cubrir las necesidades de todos. Pero donde la ineficiencia no es atribuible a una mala conducta, sino a limitaciones de orden técnico o financiero, el resultado, puede ser otro. Sería irrazonable, por ejemplo, esperar y por lo tanto requerir, que un estado subdesarrollado alcance el "standard" de eficiencia para el uso de la irrigación prevaleciente en partes de países altamente desarrollados).

Ese autor cita en sentido favorable a sus afirmaciones las razones tomadas en cuenta por la Comisión Rau encargada de resolver el conflicto entre las provincias hindúes de Punjab y Sind y concluía que ningún usuario "may be wilfully wasteful, or inefficient when it has the means to reduce inefficiency", op. cit. pág. 47 (puede ser inten-

cionalmente despilfarrador o ineficiente cuando tiene medios para reducir la ineficiencia). Estos comentarios son suficientemente ilustrativos, a juicio del Tribunal, y plenamente aplicables a las circunstancias de esta causa.

103) Que establecidos estos presupuestos, parece claro que el sistema de riego del río Atuel, aunque padece de los defectos que se han puesto en evidencia, no revela un nivel de ineficiencia tal que importe un derroche injustificado del recurso hídrico. Pero es del caso ahora considerar las disponibilidades de agua resultantes de la magnitud de la oferta hídrica relacionada con los requerimientos de riego para lo cual deberá tenerse en cuenta el nivel de eficiencia existente de 0,30 y el que resultaría de llevarse a cabo ciertas obras estimado en 0,50. Los cálculos de los peritajes, conviene advertirlo, se han efectuado siguiendo las pautas fijadas por los peritos agrónomos para determinar la superficie regada que, como se sabe, asciende a 61.034 ha. o según la petición de Mendoza hecha por vía de las explicaciones solicitadas a los expertos hidráulicos que requería la adecuación de las estimaciones a la de 90.000 ha. denunciadas como sistematizadas.

104) Que los cálculos de los peritajes consideraron, asimismo, la gravitación que corresponde atribuir a la recuperación de caudales, posible —según lo expresan— mediante las obras que indican, como medio de atender las demandas de riego que, con las actuales de derivación (tomas libres en los canales matrices) resulta imposible abastecer (ver respuesta de los peritos hidráulicos al punto LP 109, fs. 48, cuerpo XXIV).

Los hidráulicos han atendido a este tema al contestar el punto M 48 a fs. 49 y sigs. Allí señalan que una mayor disponibilidad de agua de manera de satisfacer un "uso beneficioso" en La Pampa, podría obtenerse por medio de la mejora de la red de riego, que aumentaría su eficiencia, o mediante la realización de "obras de gran envergadura en la alta cuenca del Atuel... que permitan una recuperación de los caudales que en el presente se pierden en la zona de la Junta por infiltración y evaporación".

105) Que este último aspecto de la cuestión se desarrolla más extensamente en el anexo D de su peritaje (puntos 5, 1, 2 y 3, fs. 157/159). En él expresan que "el río Atuel desde la estación de

aforos El Sosneado y luego de recibir a su principal afluente, el Salado, experimenta una serie de pérdidas o mermas sucesivas de sus caudales debido a las características físicas propias de su lecho en los distintos tramos, a la construcción de obras hidráulicas en su curso que alteraron las condiciones naturales preexistentes y al desarrollo de una gran zona de riego mendocina" (fs. 157). Esas pérdidas ascienden en Las Juntas, para el período entre 1972/73 y 1981/82, en el que existe un registro complejo de observaciones hidrométricas, a 15,9 m^3/s equivalentes a 500,6 hm^3, computados en valores medios anuales. Estas cifras arrojan resultados más módicos para el lapso 1965/66 a 1981/82 (ver fs. 158). A su vez, en el tramo correspondiente a las obras, las pérdidas por evaporación e infiltración alcanzaron como media anual, la de 1,4 m^3/s por evaporación y 2,9 m^3/s por infiltración. De tal forma, el módulo del río Atuel al pie de Valle Grande supone para el período 1965/66 a 1979/80 una media de 28,3 m^3/s equivalente a 892 hm^3 y para 1965/66 a 1981/82, 29,1 m^3/s ó 918 hm^3. Aguas abajo de Valle Grande, el río no sufre pérdidas "en todo el tramo en correspondencia con la zona de riego mendocina hasta Carmensa" (fs. 159).

106) Que, a su vez, los hidrólogos informan que "en el tramo del sistema del Atuel, comprendido entre las estaciones de aforos del río Salado en Cañada Ancha, Atuel en el Sosneado y Atuel en La Angostura, se producen pérdidas de caudal cuya magnitud representa en promedio para el período 1972/81 el 29,7% del aporte al sistema, lo que equivale a 501,8 hm^3 o un caudal medio de 15,9 m^3/s. En la zona de las obras hidráulicas, en el lapso 1965/66 a 1981/82 se comprobaron pérdidas del orden medio de 4,3 m^3/s discriminadas en un 1,4 m^3/s debidas a evaporación y 2,9 m^3/s a infiltración, cifras que guardan estricta correspondencia con las suministradas por los hidráulicos. Como éstos, también hacen mención al carácter efluente del río entre Rincón del Atuel y Paso de la Arena, donde no registra pérdidas (puntos c.3, c.4, fs. 5/7 cuerpo XVII). Ambos grupos de expertos consideran también la posibilidad de recuperar caudales: para los hidráulicos, las obras a llevarse a cabo en Las Juntas permitirían captar un promedio de 421 hm^3/año en El Nihuil para el período 1972/73 a 1981/82 y de 374 hm^3/año si se computa el período entre 1965/66 y 1981/82, y habría exceden-

tes en la zona de riego si se alcanzara una eficacia de 0,50 (ver fs. 17, cuerpo XXIV); por su parte, los hidrólogos admiten una recuperación media de 12 m^3/s, que significa para el sistema de aguas abajo un incremento de 31,6% del derrame medio, sin que sea factible modificar las condiciones en el área de las obras hidráulicas. Un mayor grado de eficacia en la zona de riego incrementaría el volumen del caudal (fs. 10/11, cuerpo XVII).

Por otro lado, tanto los ingenieros hidráulicos como los agrónomos coinciden en que no se justifican los intentos de recuperar agua en el colector de la Marzolina (ver fs. 19 y 666, cuerpos XXIV y XXVII, peritaje hidráulico, fs. 33; cuerpo XXVII, peritaje agronómico).

107) Que, establecidas las posibilidades de recuperación de caudales mediante la realización de obras de cuya envergadura técnica y económica se hará mérito más adelante, corresponde cuantificar los eventuales excedentes tomando como punto de partida la afirmación de los expertos hidráulicos de que el agua aprovechable en las circunstancias actuales no alcanza para asegurar y garantizar la llegada permanente a territorio pampeano de una determinada cantidad con fines razonablemente útiles y con un mínimo de calidad (fs. 38, cuerpo XXIV). A tal fin, es necesario recordar que estos peritos computaron en un primer momento como superficie a regar las 61.034 ha. indicadas por los agrónomos, y luego, a petición de Mendoza, las proyectaron sobre 90.000 ha. Deben tenerse en cuenta, como es natural, los requerimientos de agua y la importancia de la oferta hídrica y, en especial, que esta Corte adopta como extensión regada y cultivada —afectada a los usos consuntivos del agua del Atuel— la de 75.761 ha.

108) Que sobre la base del informe de los peritos agrónomos, los expertos en hidráulica establecieron que tomando en consideración una eficiencia global, como la presente, de 0,30, el derrame anual necesario en la cabecera de la red para 61.034 ha. sería de 1666,8 hm^3/año (1667 hm^3). A su vez, los recursos hídricos, conformados por la disponibilidad media anual al pie de la presa de Valle Grande, más el aporte de agua subterránea y de la recuperable en la red de

riego (estos supuestos previstos en el estudio de la consultora Franklin-Geomines) sería de 1204 hm^3/año. Se produce en tal supuesto, un déficit del recurso de 463 hm^3/año. En cambio, una mayor eficiencia global de riego permitiría —siempre sobre 61.034 ha.— un excedente de 204 hm^3 que serviría para regar en La Pampa 15.000 ha. con destino, aparentemente, a cultivos de forrajeras y pasturas (ver fs. 33/35, cuerpo XXIV; cuadro 6, fs. 189). Estas condiciones podrían alcanzar una mejoría más significativa si se llevaran a cabo obras que, al reducir las pérdidas en Las Juntas, permitieran una disponibilidad al pie del Valle Grande de 1528 hm^3/año, toda vez que entonces el excedente subiría a 528 hm^3/año, equivalente a un caudal de 16,7 m^3/s.

109) Que a distintos resultados llegaron los expertos cuando la Provincia de Mendoza les requirió, sin objeción de la contraria, que tomaran como punto de partida una superficie regada de 90.000 ha., que es la que se definió como sistematizada (ver fs. 628/629, cuerpo XXVII). En efecto, los cálculos practicados sobre estas bases indicaron que con una eficiencia global de 0,30, el requerimiento de agua sería de 2458 hm^3/año frente a una disponibilidad de 1204 m^3. Una elevación de la eficiencia del sistema a 0,50 no alcanzaría a modificar ese estado de cosas pues subsistiría un déficit de 271 hm^3 y sólo de llevarse a cabo las obras en Las Juntas ambos factores de consuno, crearían un magro excedente de 53 hm^3/año (ver planillas de fs. 707/708 del citado cuerpo XXVII).

110) Que corresponde, tras estas estimaciones, adecuarlas a la superficie de 75.671 ha. Desde luego, de mantenerse como pauta una eficiencia de 0,30 no habrá excedente posible toda vez que no la hubo para el cálculo sobre 61.034 ha. Pero es particularmente importante advertir que no cambiaría esa situación aun de lograrse una eficiencia en el régimen de riego de 0,50 toda vez que el déficit, aunque más reducido, se mantendría. Sólo la realización de obras de recuperación de caudales, unida a la aludida mejora, provocaría un excedente de alrededor de 298 hm^3. En suma, las obras para llevar agua a la La Pampa deberán involucrar, necesariamente, ambos aspectos, habida cuenta de que, como lo destacan los agrónomos, los

usos de la Provincia de Mendoza no cuentan "en adelante con más agua que la naturaleza le aporta" (ver fs. 75, cuerpo XXVIII).

Cabe recordar, por último, que estos cálculos se basan en una oferta de agua comprensiva de aportes como el de bombeo que provienen, no sólo del Atuel, sino de una cuenca foránea como la del Diamante (ver fs. 39, cuerpo XXIV), cuya exclusión aumentaría el déficit (ver fs. 668 vta., cuerpo XXVII).

111) Que corresponde, en esta instancia, hacer referencia a las obras tendientes a lograr la disponibilidad de excedentes hídricos que los peritajes en materia agronómica, hidrológica e hidráulica admiten como necesarias. En particular, son estos últimos quienes se expiden con mayor amplitud sobre el tema al contestar la pregunta c 20 a fs. 40 y sigs. del cuerpo XXIV.

"En las diferentes alternativas estudiadas, los peritos hidráulicos —dicen— han concordado en que, en la zona de aguas arriba de El Nihuil y con el propósito de evitar las pérdidas por evaporación e infiltración, es factible técnicamente la ejecución de un canal colector que partiendo de Cañada Ancha sobre el río Salado, pase por el Sosneado sobre el río Atuel y derive la mayor parte de las aguas de ambos ríos mediante un canal que faldeando la cota 1400 del IGM evite entrar en los conos aluviales sumamente permeables que han formado los ríos y vuelque sus aguas directamente en el embalse del Nihuil. Dentro de ese recorrido total de 154 km se puede disponer —continúan los expertos— de cuatro saltos donde cabría incorporar centrales hidroeléctricas con una potencia total instalada de 161 MW aunque sin energía garantizada por la falta de embalses reguladores. El canal principal desde el Sosneado (río Atuel) tendría una capacidad máxima de conducción de 74 m^3/s con las aguas de ambos ríos, permitiendo una recuperación media de unos 400 hm^3 equivalentes a 12,7 m^3/s".

Con esa recuperación de caudales la disponibilidad al pie de Valle Grande sería de 1242 hm^3 en vez de los 918 hm^3 que constituye el volumen medio actual.

112) Que aguas abajo de Valle Grande, según afirman, "y con el mismo propósito de evitar pérdidas, toda el agua debería conducirse por el canal matriz previsto en el proyecto Franklin Geomines para toda la zona de riego mendocina, adecuándolo a los nuevos caudales", y al finalizar, dicho canal se empalmaría con otro, descripto por los peritos en el anexo "D" de su informe para hacer llegar las aguas a la localidad pampeana de Santa Isabel. En lo específicamente relacionado con el sistema de riego y a fin de dotarlo de una eficiencia del orden del 0,50, informan que el canal matriz a construir debería ser "un canal unificado con su presa de derivación de cabecera", con "impermeabilización de la red troncal y secundaria de canales, parcial o total; reparación de estructuras, de descargadores y partidores para su correcto funcionamiento; mejoramiento de la red de desagües y drenajes parcelarios".

113) Que el costo de tales trabajos que se describen en detalle a fs. 171/173, asciende en dólares norteamericanos a U$S 676.000.000 (ver fs. 42, 52/57) y "la totalidad de estas obras son, a juicio de esta pericia —dicen los hidráulicos a fs. 666 vta. del cuerpo XXVII— las que necesariamente se tendrían que realizar para hacer disponible, derivar y conducir con seguridad y calidad de aguas los caudales para su utilización en la zona de Santa Isabel". A estas cifras, no cuestionadas en el escrito de fs. 630/641 del cuerpo XXVII y sólo objeto de tardías observaciones en el escrito de fs. 115/136 donde se impugna el peritaje económico, corresponde adicionar los "costos de mantenimiento, conservación y reconstrucción" (ver fs. 56, cuerpo XXIV). Estos costos y su financiación superan ampliamente toda factibilidad económica financiera ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse considerando solamente el noroeste de la Provincia de La Pampa (fs. 51 de ese cuerpo).

114) Que los agrónomos coinciden en lo sustancial con la opinión de los hidráulicos en el sentido de que las obras a encarar consisten, básicamente, en la recuperación de caudales en Las Juntas y en la rehabilitación integral del distrito de riego, lo que demandará "fuertes inversiones, grandes esfuerzos humanos, aun sacrificios y un tiempo considerable" y que si fueran iniciadas de inmediato

"superaría fácilmente más allá de la segunda década del próximo siglo" (fs. 76, cuerpo XXVIII), y en sentido semejante se expiden los hidrólogos, que al referirse a los caudales recuperables indican los medios para lograrlo (respuesta a la pregunta LP 106, cuerpo XVII).

115) Que, por otro lado, tampoco cabe revertir la situación por medio de un mejoramiento en el régimen de operación de los embalses que permita un mayor recurso hidráulico toda vez que, como lo destaca el peritaje hidráulico, ello no importaría eliminar los déficit en los momentos de mayor demanda ni aportaría beneficios para una eventual zona de riego en La Pampa (punto c 15, fs. 13, cuerpo XXIV).

116) Que esta Corte no encuentra mérito para apartarse de las conclusiones de los peritajes que ha desarrollado en los considerandos precedentes y que no han sido objeto de una impugnación lo suficientemente convincente por la parte actora. Por lo tanto, habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente un notorio mal uso de la red de riego mendocina pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas y que, aun 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 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.

117) Que aún con prescindencia de la autolimitación que supone el reclamo de la parte actora, tal como se lo precisó a fs. 460 vta., la solución del litigio no resultaría distinta a la luz de los antecedentes del derecho federal norteamericano y las directivas que imponen las reglas del derecho internacional público. En particular debe considerarse, muy especialmente, el principio generalizado en uno y otro ámbito del aprovechamiento equitativo y la importancia que en la determinación de tal concepto se ha otorgado a los usos ya existentes, concepto que no importa, necesariamente, privilegiar sólo la mera prioridad cronológica. Por lo demás, la conducta de la Provincia de La Pampa, al admitir el respeto de los usos consuntivos, no significó otra cosa que reconocer trascendencia a los que efectúa Mendoza, bien que en los límites de un ejercicio racional.

En este estudio se hará referencia, en primer término, a los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la materia, que, como se ha dicho, dio lugar a uno de los conflictos interestaduales que con más frecuencia se han debatido ante sus estrados.

118) Que, entre esos casos, ninguno guarda mayor semejanza con el presente que el suscitado entre los estados de Colorado y Nuevo Méjico con relación al uso del río Vermejo, el que motivó dos intervenciones sucesivas del Tribunal; el 13 de septiembre de 1982 y posteriormente, el 4 de junio de 1984 (ver Boletines del Lawyers' Edition: Vol. 74 L Ed., 2d. nº 5, pág. 348 y Vol. 81 L Ed. 2d., nº 1, pág. 247). Por tal razón, resulta útil tomar en cuenta el criterio que presidió esas decisiones.

119) Que el primero de esos fallos no juzgó satisfactorio el informe del experto designado por el Tribunal a los fines de instruir la faz probatoria del proceso y ordenó la sustanciación de nuevos medios de prueba. Al definir las características fácticas del caso, el juez Marshall señaló que el litigio versaba sobre el aprovechamiento de las aguas de un río interestadual que "son hasta el presente aprovechadas por los usuarios ubicados en el territorio de Nuevo Méjico". Definía al Vermejo como "un pequeño río no navegable" que se forma de los deshielos de las nieves de las montañas Rocallosas y afirmaba que "en la actualidad no existe aprovechamiento de sus caudales por parte de Colorado ni ha existido aprovechamiento ni derivación alguna en el pasado. En Nuevo Méjico, en cambio, los granjeros e industriales han utilizado las aguas del Vermejo por muchos años" (Lawyers' 74 L., pág. 352).

120) Que la sentencia hacía referencia a los principios sobre los cuales correspondía decidir el litigio y en tal sentido ponía límites a la teoría, desarrollada en los estados del Oeste, de la "prior appropiation" (prioridad en el uso) que comparte con la de los "riparian rights" (derechos de los ribereños) prevalecientes en los estados del Este, la legislación sobre la materia en los Estados Unidos. Para ello, hacía mérito de la doctrina del aprovechamiento equitativo (equitable apportionment) definida como la doctrina "del common law federal que regula los conflictos entre estados en lo concerniente a los derechos de cada uno en la utilización de las aguas de un río interesta-

dual" y que se había aplicado, entre otros, en los precedentes de 206 U.S. 46, 283 U.S. 336, 259 U.S. 419 y 325 U.S. 589. En este último caso, precisamente, aunque se aceptó que la prioridad en el uso es un principio rector, se sostuvo que usos más recientes podían prevalecer si eran más beneficiosos y amparaban una "established economy" (Nebraska c/Wyoming). Esa teoría calificada como "flexible" y que lleva implícito "el ejercicio de un criterio judicial fundado en un sinnúmero de circunstancias de hecho", obligaba a considerar las "condiciones físicas y climáticas, el aprovechamiento de las aguas para consumo en las diversas secciones del río, la magnitud y la frecuencia de los reflujos, la extensión de los usos ya establecidos, la capacidad de los depósitos de agua, el efecto concreto que produce la disipación del recurso en las áreas de aguas abajo y el daño de las superiores comparado con el beneficio de aquéllas si se les impone una limitación en el uso".

121) Que estas y otras pautas de orientación fueron propuestas como elementos adicionales por la Corte al "Special Master" admitiendo como un presupuesto sustancial de su decisión que el "principio de equidad que fundamenta la protección de las economías existentes es generalmente vinculante (will usually be compelling) (pág. 358). La razón que lo justifica es, a juicio del Tribunal, que el quebrantamiento de los usos ya establecidos origina un daño inmediato en tanto que los usos ya establecidos origina un daño inmediato en tanto que los beneficios de una derivación propuesta resultan conjeturales. Pero sus alcances podrán atenuarse o dejarse de lado 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.

122) Que satisfechos los requerimientos de la Corte, ésta dictó sentencia definitiva el 4 junio de 1984 y rechazó la pretensión de Colorado con la sola disidencia del juez Stevens. El juez O'Connor informó el caso que fue apreciado, en el aspecto probatorio, mediante una pauta clara y convincente (clear and convincing evidence). "En oposición al proceso ordinario" —dijo O'Connor— que es juzgado por una pauta de "predominio de evidencia" (preponderance of the evidence), para decidir sobre la regulación sobre el uso de las aguas es necesaria una prueba terminante del derecho porque —reiteraba—

"el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es inducable e inmediato, mientras que los benificios potenciales pueden ser especulativos y remotos". Por eso, agregaba, "la derivación que pretende Colorado sólo será admitida si ineficiencias reales en los usos presentes o beneficios futuros a causa de otros usos son altamente probables". "En resumen —continuaba la sentencia— aunque los principios fundamentales de la justicia apoyan, en principio, la protección de los usos ya establecidos, la Corte ha decidido que otros factores tales como el derroche, disponibilidad de medidas de conservación razonables y el balance entre el beneficio y los daños podrían considerarse en el cálculo de la distribución". Por ello se ponía a cargo de la parte actora la acreditación de dos extremos fundamentales: 1) demostrar qué medidas razonables de conservación podrán compensar, en todo o en parte, la derivación de las aguas, y 2) que el daño a la demandada, si existiese, tendría poca importancia comparado con los beneficios que recibirá la contraria.

123) Que, asimismo, el Tribunal sentó su propio criterio respecto de las posibilidades de mejorar la eficiencia de un sistema de riego. Esas posibilidades, dijo, "exigen sólo medidas de conservación que sean financiera y físicamente posibles y dentro de límites accesibles" (our cases requiere only conservative measures that are financially and physically feasible and within practicable limits) y citó en apoyo de esta tesis sus precedentes, entre ellos el de Fallos 259 US 419, y su propia anterior decisión en este litigio. Desde luego, agregaba, sería demasiado pedirle al estado qua propone la derivación, una evidencia infalible sobre usos futuros y medidas de conservación, pero todo esfuerzo de eficacia, "financiera y físicamente posible" —reiteraba— debe incluir un estudio cuidadoso de los usos futuros. Con tales argumentos, se rechazó la demanda.

Cabe señalar, por lo demás, que la disidencia del juez Stevens, no cuestionó la aplicación de estos principios, sino el criterio con que la mayoría juzgó los medios de prueba. En ese sentido y toda vez que guarda implícita atinencia con la situación debatida en autos, debe puntualizarse que sostuvo que la eficiencia general del distrito de conservación del río en Nueva Méjico era de 24,6% (ver Lawyers' 81, pág. 263) y le reprochaba a ese estado su "virtualmente

inexistente administración del Vermejo (New México's manifestly lax, indeed virtually non existent administration of the Vermejo, pág. 226). Para Stevens, los usos futuros proyectados por Colorado ocasionarían más beneficios que los daños que podría ocasionar la derivación.

124) Que estas consideraciones son aplicables al presente caso. En efecto, ha quedado comprobado que aun medidas razonables de conservación que elevarían la eficiencia del sistema del Atuel a 0,50 no son suficientes para generar excedentes, y que para ello se necesitaría realizar las obras de recuperación en Las Juntas. Tales trabajos no parecen ser "financiera ni físicamente posibles" ni tampoco se ha acreditado "clara y convincentemente" la existencia de usos benéficos futuros que justifiquen el conjunto de los trabajos que han descripto los peritos hidráulicos.

125) Que en ese sentido, la Corte considera oportuna la cita de las conclusiones del peritaje económico realizado por el Dr. Eduardo A. Zalduendo. Aunque la Provincia de La Pampa lo ha considerado como una prueba que calificó de intrusa (ver fs. 115, cuerpo XXXVI), es oportuno recordar que la sentencia comentada consideró procedente acreditar los efectos económicos de una derivación de aguas (Lawyers' 81, pág. 258) y que los factores económicos son contemplados en las Reglas de Helsinki a fin de determinar la distribución equitativa de las aguas (art. V, inc. e y g), y en su antecedente, la resolución de la International Law Association de Dubrovnik, 1956. Por lo demás, las impugnaciones formuladas en subsidio no logran conmover las afirmaciones avaladas por las explicaciones de fs. 153/171.

En su informe, el Dr. Zalduendo, al contestar la pregunta M 54, considera que, analizadas todas las hipótesis de trabajo que plantea el caso, "los resultados económicos son negativos, o sea que los beneficios del proyecto no compensan los costos de los recursos que serían necesarios para la construcción". También —agrega— "se observa que las diferencias son considerables, esto es, que las pérdidas serán cuantiosas en caso de encararse el proyecto. Este resultado es aún más desalentador si se tiene en cuenta que se ha trabajado con hipótesis optimistas en cuanto al ritmo de incorporación de las nuevas

tierras regadas" (se refiere a las de la región pampeana que recibirían riego) a la producción efectiva. Esta apreciación se basa en la experiencia nacional de desarrollo de áreas de riego, que incluso se ha reflejado en la experiencia de zona en la provincia de La Pampa. Por tal razón, concluía: "En síntesis, aun en las condiciones más favorables, el proyecto desde el punto de vista económico, no es aconsejable" (fs. 12 y 14, cuerpo XXXVI).

126) Que tampoco deben perderse de vista los efectos que, sobre una economía establecida como la del sur mendocino, tendría la derivación de aguas sin el complemento de obras. Es obvio que en las condiciones actuales, el río no genera excedentes por lo que si aún así se decidiera derivar 16 m^3/s, volumen que constituye la mitad de su módulo, quedaría sin utilización entre un 40 % y un 45 % de la infraestructura económica de la Provincia demandada que, a valores de reposición, significarían, según los cálculos para marzo de 1984, "mas de mil millones de dólares" (ver fs. 15 y fs. 107).

127) Que el principio del aprovechamiento equitativo ha recibido, también, consagración en el derecho internacional, donde se lo reconoce como una doctrina idónea para resolver conflictos de esta naturaleza al punto que, para muchos autores, se ha convertido en una norma de derecho consuetudinario. Es procedente, por lo tanto, estudiar los alcances de su aplicación en ese ámbito al que ambas partes han acudido como fuente alternativa para la decisión de este litigio.

128) Que distintas teorías han sido utilizadas a ese fin. Julio A. Barberis recuerda en su obra sobre recursos naturales compartidos, cómo las posiciones extremas que suponen la tesis de Harmon, con la que los Estados Unidos pretendieron legitimar su utilización de las aguas del río Grande frente al reclamo del gobierno mejicano, o la de la integridad territorial absoluta, han cedido paso frente a otras concepciones, menos estrictas, las de la utilización equitativa o "soberanía limitada" en las que gravitan las necesidades crecientes del eficaz aprovechamiento hidroeléctrico o el desarrollo de los sistemas de riego (Barberis, Julio A., "Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional", Editorial Tecnos, Madrid, 1979).

Estas últimas teorías parten del reconocimiento objetivo de que entre los estados ribereños —o "estados del sistema de un curso de

agua internacional", como han sido denominados en el ámbito de la C.D.I. (Comisión de Derecho Internacional de la ONU)— se configura una dependencia física permanente, como ya lo sostuvo la resolución del Instituto de Derecho Internacional, dictada en la reunión celebrada en Madrid en 1911, que fue recogida en la jurisprudencia internacional. En el caso relacionado con el río Oder —que recuerda la actora en su alegato— la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que existe entre los estados 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" (C.P.J.I., series A/B, núm. 23, p. 27).

La Corte parece presumir que el curso de agua internacional es un recurso natural compartido. Y, como ha escrito un ex presidente de la Corte Internacional de Justicia: "A pesar de que este principio progresivo fue invocado por la Corte como de *lege lata* sólo respecto de la navegación, sus conceptos fundamentales de igualdad de derechos y comunidad de intereses son aplicables a todas las utilizaciones de los cursos de aguas internacionales" (E. Jiménez de Aréchaga; "El derecho internacional contemporáneo", p. 230, E. Tecnos, Madrid, año 1980).

En sentido similar, el juez Oliver Wendell Holmes, al fundar el voto de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "New Jersey v. New York", 283 U.S. 336-1931, había expresado: "Un río es algo más que una conveniencia: es un tesoro. Brinda un elemento indispensable para la vida que debe racionarse entre quienes sobre él detentan poderes. Nueva York detenta el poder físico de cortar toda el agua dentro de su jurisdicción. Sin embargo, es evidente que no podría admitirse el ejercicio de esa potestad en detrimento de los intereses de los estados del curso inferior. Por otra parte, tampoco podría permitirse que Nueva Yersey exigiera a Nueva York que renunciara a su potestad en forma absoluta, a fin de poder recibir sin disminución el caudal del río aguas abajo. Ambos estados tienen intereses reales y considerables en el río, intereses que deben reconciliarse de la mejor manera posible. Las diferentes tradiciones y prácticas en

distintos lugares del país pueden conducir a resultados diversos, pero siempre ha de ponerse empeño en obtener una distribución equitativa, sin caer en argumentos sofísticos acerca de fórmulas". (New Jersey, v. New York, 283 U.S. 336-1931).

El posterior pacto de la cuenca del río Delaware entre los cuatro estados de la cuenca y el gobierno federal habría de afirmar un principio valioso, el de que: "c) los recursos hídricos de la cuenca tienen entre sí una relación funcional y los usos de estos recursos son interdependientes...", (citados en el Tercer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, elaborado por el Sr. Stephen C. Mc. Coffrey, Relator Especial de la C. D. I., párrafos 16 y 17, A/CN. 4/406, 30 de marzo de 1987).

129) Que simultáneamente a esta evolución, que se reflejó en pronunciamientos judiciales, en declaraciones y convenciones internacionales, se ha producido el afianzamiento de un concepto, también de singular importancia: el de cuenca hidrográfica, caracterizada como una unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común y que mereció consagración en el art. II de las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales aprobadas por la International Law Association en 1966.

Este criterio ha comenzado a prevalecer en lo que hace al uso y aprovechamiento industrial y agrario de los ríos y esa noción de unidad adquiere relevancia jurídica, con un sentido funcional, en cuanto corresponde a las realidades humanas. Fue usado por el Tribunal Arbitral en el Asunto del lago Lanoux, entre Francia y España, donde, en lo que interesa al caso, dijo: "Le Tribunal ne saurait méconnaitre la réalité, au point de vue de la géographie physique, de chaque bassin fluvial, qui constitue, comme le coutient le Mémoire espagnol..., 'une unité'. Mais cette constatation n'autorise pas les conséquences absolues que voudrait en tirer la these espagnole. L'unité d'un bassin n'est sanctionné sur le plan juridique que dans la mesure ou elle correspond a des réalités humaines. Une dérivation avec restitution, comme celle envisagée par le projet francais, ne

modifie pas un état de choses ordenné en fonctions des exigences de la vie sociale" ("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. Pero, esta comprobación no autoriza las consecuencias absolutas que de ella quiere deducir a la tesis española. La unidad de una cuenca sólo está sancionada en el plano jurídico en la medida en que corresponda a las realidades humanas. Una derivación con restitución, como la considerada en el proyecto francés, no modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social" (citado por Barberis, op. cit., págs. 24/25; Reports of International Arbitral Awards, Vol. 12, págs. 285 a 317).

130) Que sentadas estas consideraciones, corresponde invocar, por resultar decisivo, el principio fundamental del régimen de los cursos de aguas internacionales: el de la utilización equitativa, que se traduce en el derecho de los estados a una participación razonable y equitativa en los usos y beneficios de las aguas del curso de aguas internacionales.

Este criterio se caracteriza por su flexibilidad y las ventajas que de ella derivan. De allí que resulta adecuado a la diversidad de los sistemas de curso de aguas internacionales, cada uno de los cuales posee caracteres diferentes, tanto en sus aspectos físicos como en los humanos.

Ha servido de base a numerosas convenciones internacionales, muchas de ellas de reciente data y ha sido el criterio que ha presidido acuerdos en los que nuestro país es parte y declaraciones que reflejan su posición jurídica.

En este sentido, son demostrativos el Acta de Buenos Aires sobre Cuencas Hidrológicas suscriptas con Bolivia el 12 de julio de 1971 y el Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas suscripta con Chile el 26 de junio de 1971, los que concuerdan en la regla fundamental según la cual: "... la utilización de las aguas fluviales (y lacustres) se hará siempre en forma equitativa y razonable" y en el reconocimiento mutuo del "... derecho de utilizar dentro de sus respectivos territorios, las aguas (de sus lagos comunes y) de los

ríos internacionales de curso sucesivo, en razón de sus necesidades y siempre que no se causa perjuicio sensible a la otra". (La referencia a lagos sólo figura en el acuerdo con Chile).

Empero, la aplicación del principio difícilmente pueda resultar de la conducta individual de uno de los estados del sistema, en razón de que no existen normas genéricas aplicables automáticamente a los distintos cursos de agua y a las distintas cuestiones que con relación a cada una de ellos puedan plantearse.

De tal modo, la determinación de lo que constituye un uso "equitativo y razonable" exige valorar una serie de circunstancias propias de cada caso, que no pueden ser comprendidas en una definición conceptual absoluta. Aquella determinación se asienta en una serie de principios generales.

Uno de los primeros intentos de formular tales principios fue realizado en la reunión de la International Law Association, celebrada en Dubrovnik, Yugoeslavia, en 1956. Allí se asignó relevancia a: 1) el derecho de cada estado a un uso razonable del agua; 2) el grado de dependencia de cada estado respecto de ese recurso; 3) los beneficios comparativos que, en lo social y económico, obtiene cada uno de ellos; 4) la existencia de acuerdos preexistentes; y 5) la utilización previa del recurso.

Y allí se anticipó también el valioso criterio de la consulta previa en caso de nuevas obras que puedan afectar la utilización de un curso de agua internacional por otro estado.

A la vez, en el art. IV de las ya mencionadas Reglas de Helsinki, tras la afirmación del criterio básico conforme al cual "...todo estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de una cuenca hidrográfica internacional" (ILA, Report of the Fifty-second Conference, Helsinky, 1966, Londres, 1967, pág. 486), se establecen, en el art. V, "los factores pertinentes de cada caso particular", a fin de determinar qué constituye una participación razonable y equitativa. Son ellos: a) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada estado ribereño; b) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua

de cada estado ribereño; c) el clima de la cuenca; d) la utilización pasada de las aguas de la cuenca, y en particular, su utilización actual; e) las necesidades económicas y sociales de cada estado de la cuenca; f) la población que necesita de las aguas de la cuenca en cada estado ribereño; g) los costos comparativos de otros medios que puedan adoptarse para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca; h) la disponibilidad de otros recursos; i) la prevención del desaprovechamiento innecesario en el empleo de las aguas de la cuenca; j) la posibilidad de que la indemnización a uno o más estados corribereños de la cuenca sea medio de arreglar conflictos entre usuarios y el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un estado ribereño sin causar perjuicio notable a un estado corribereño: "El valor de cada factor —continúa el apartado 3)— 'se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar la participación razonable y equitativa se estudiarán todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación conjunta' ".

131) Que en el Segundo Informe sobre el Derecho de los Cursos de Agua antes mencionado, elaborado por el relator especial Stephen C. Mc. Caffrey del 19 de marzo de 1987 (doc. A/CN. 4/339) se determinan como factores a tener en cuenta a los mismos fines, los siguientes: a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos y climáticos, junto con otras circunstancias pertinentes relativas al curso de agua de que se trate; b) las necesidades especiales del estado del curso de agua interesado respecto del uso o de los usos de que se trate en comparación con las necesidades de otros estados del curso de agua; c) el logro de un equilibrio razonable y equitativo entre los derechos e intereses pertinentes de los estados del curso de agua interesado; d) la contribución del agua al curso de agua internacional por parte del estado del curso de agua en comparación con la de otros estados del curso de agua; e) el aprovechamiento y la conservación por el estado del curso de agua interesado del curso de agua internacional y de sus aguas; f) los demás usos de las aguas de un curso de agua internacional por el estado interesado en comparación con los usos por otros estados del curso de agua, incluida la eficacia de esos cursos; g) la cooperación con otros estados del curso de agua en proyectos o programas para obtener utilización, protección y control óptimos del

curso de agua y de sus aguas, teniendo en cuenta la eficacia en cuanto al costo y los costos de los proyectos alternativos; h) la contaminación por el estado o los estados del curso de agua interesados del curso de agua internacional en general y como consecuencia de ese uso específico, si la hubiera; i) cualquier otra interferencia o cualquier otro efecto adverso, si lo hubiera, de ese uso en los usos, derechos o intereses de otros estados del curso de agua, incluidos, pero sin limitarse a ellos, los efectos adversos en los usos existentes de las aguas del curso de agua internacional por esos estados y su repercusión en las medidas de protección y control adoptadas por otros estados del curso de agua; j) la disponibilidad para el estado interesado y para otros estados del curso de agua de recursos hídricos alternativos; k) el modo y el grado de cooperación establecido entre el estado del curso de agua interesado y otros estados del curso de agua en programas y proyectos relativos al uso de que se trate y a otros usos de las aguas del curso de agua internacional para obtener su utilización óptima, su ordenación razonable y su protección y control.

Como es fácil advertir, las reglas de Helsinki transcriptas y las propuestas en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional han recogido principios generales reflejados en la práctica y que cuentan, en general, con el consenso de los estados, por lo que adquiere importancia hacer referencia a alguno de los comentarios que —con relación a aquellas reglas, y como conclusiones efectúa Jerome Lipper en su obra "Equitable Utilization", ya citada.

Allí reitera que la utilización equitativa no supone una división igualitaria de las aguas, sino que apunta al derecho que tiene cada estado ribereño a compartirlas "sobre la base de sus necesidades económicas y sociales, conforme a los derechos correspondientes de los corribereños y excluyendo la consideración de factores no relacionados a tales necesidades". También destaca ese autor que la utilización equitativa exige un uso benéfico de las aguas. Este concepto significa, en la opinión de Lipper, que debe producir un beneficio económico o social suficiente para el usuario como para que justifique su continuidad aunque caben al respecto dos observaciones: la primera, que la protección se otorga sólo cuando existe un uso real, y la segunda, que para lograr ese amparo el uso no necesita ser "el uso

óptimo y más beneficioso", sino razonablemente eficaz. "Mientras no cabe aceptar el derroche intencional o la indiferencia en el uso, el método de utilización no necesita ser el de mayor eficiencia tecnológicamente posible. La tecnología y los recursos financieros disponibles por un estado son relevantes para determinar si el método es indebidamente dilapidador" (pág. 63).

El referido principio de la "distribución equitativa" determina, conforme a las invocadas reglas de Helsinki (art. VII), que: "A un estado de la cuenca no se le puede negar, con el fin de reservar el aprovechamiento futuro de dichas aguas en favor de un estado corribereño, el uso razonable que en el presente hace de las aguas de una cuenca hidrográfica". Y también (art. VIII), que: "El uso razonable actual podrá continuar, a menos que los factores que justifiquen su continuación pierdan fuerza frente a la importancia mayor de otros factores que pueden conducir a la conclusión de que dicho uso debe modificarse o terminarse a fin de facilitar otro uso que compita y sea incompatible con el primero".

En verdad, ese derecho a una "participación aquitativa y razonable" obsta a que la anterioridad en la utilización confiera al estado del uso prioritario, un derecho inconmovible. Los usos existentes no deben convertirse en un impedimento definitivo que frustre el desarrollo económico de los estados ribereños postergados en el uso. Pueden ellos aspirar a un uso nuevo y beneficioso, ejerciendo un derecho propio, aun si con la nueva utilización se interfiere con alguna utilización anterior. Ha de considerarse que ejercen un derecho propio si la nueva utilización se ajusta a una equitativa distribución y el uso anterior en otro estado excede la participación que a este último corresponde (Jiménez de Aréchaga, E., op. cit., pág. 233).

132) Que, en todo caso, 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.

Como lo expresó el relator especial de la C.D.I., Sthepen C. Mc. Caffrey en el ya mencionado Tercer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (A/CN4/406, 30 de marzo de 1987, párrafo 23): "La Cooperación de buena fe entre los estados respecto de la utili-

zación de un curso de agua internacional es un fundamento esencial para el funcionamiento sin tropiezos de otras reglas de procedimiento y, en última instancia, para lograr y preservar una distribución de los usos y beneficios del curso de aguas". Esta obligación de cooperar había sido ya expresada por el Tribunal Arbitral en el asunto del lago Lanoux al señalar que "...hoy día los estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios, que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales, y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la conclusión de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los estados deben tratar de concluir tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de concluir acuerdos".

Fue también manifestada 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, I.C.J. *Reports*, 1969, fallo del 20 de febrero de 1969), donde subrayó la necesidad de resolver la controversia cooperando a través de negociaciones de buena fe y decidió que: "...la delimitación (de la plataforma continental) debe hacerse por vía de acuerdo con arreglo a principios equitativos y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes".

En el caso, la C.I.J. precisó cuáles eran "los factores que debían tomarse en consideración... en el curso de las negociaciones" dispuestas en la sentencia (párr. 101, pág. 53).

A la vez, en el *Caso de la Competencia en materia de Pesquerías* (Reino Unido c/Islandia –fondo–) I.C.J. *Reports*, 1974, fallo del 25 de julio de 1974, la Corte habló de: "... la obligación de tener en cuenta los derechos de otros estados y las necesidades de la conservación..." (párrafo 71) e instó a las partes: "...a realizar sus negociaciones en forma que, cada una, de buena fe, tenga razonablemente en cuenta los derechos de la otra... a fin de llegar a un reparto

equitativo de los recursos pesqueros, basados en los datos de la situación local..." (párrafo 78).

133) Que esa necesidad de cooperación de los estados en la explotación de los recursos naturales compartidos fue firmemente establecida, entre otros instrumentos internacionales, en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, del 12 de diciembre de 1974), cuyo art. 3 establece: "En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daño a los legítimos intereses de los otros".

Se ha considerado con razón que "...el enunciado de esta disposición abarca claramente los cursos de agua internacionales" (S. Schwebel, relator especial de la C.D.I., Primer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación-Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1979, Vol. II, primera parte, p. 175, doc. A/CN. 4/320 párr. 112).

Tal necesidad se halla expresada en otros instrumentos internacionales de carácter general (por ejemplo, los emanados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata en 1967), y también de carácter regional.

El Consejo de Europa promulgó la Carta Europea del Agua (1967), en la que se declara: "El agua no tiene fronteras. Es un recurso común que precisa cooperación internacional" (Principio XII). Y además, que: "Conviene tener en cuenta el hecho de que, en los límites de una cuenca, todas las utilizaciones de aguas superficiales y profundas son interdependientes y es recomendable que su administración lo sea también". (Principio XI, párr. segundo).

A su turno, el Consejo Interamericano Económico y Social declaró en su resolución sobre Regulación y Aprovechamiento Económico de las Cuencas Hidrológicas y los Cursos de Agua en América Latina que: "La regulación y el mejor aprovechamiento de las vías, cuencas y accidentes hidrográficos que... forman parte del patrimonio común

de los países (miembros)... contribuirán a acelerar la integración de América latina y a multiplicar las capacidades potenciales de desarrollo de esos mismos países..." (Res. 24-4/66).

Nuestro país, en sus relaciones internacionales, ha reconocido en materia de cursos de aguas internacionales el principio de la cooperación. En este sentido, el Tratado de la Cuenca del Plata, firmado por los cancilleres de los países de la Cuenca del Plata en Brasilia, el 23 de abril de 1961, y la ulterior Acta de Asunción sobre el Aprovechamiento de Ríos Internacionales, firmada por los cancilleres de esos mismos países en su IVa. Reunión (1º al 3 de junio de 1971), reflejan, entre otros actos, ese espíritu cooperativo.

La unidad natural de cada sistema de un curso de agua internacionales determina la unidad de propósitos que los estados del sistema deben mostrar con espíritu de "buena fe" y de "relaciones de buena vecindad".

Resulta inherente a este concepto jurídico la necesidad y la obligación de que los estados del sistema cooperen en la utilización y en la participación de un curso de agua internacional de manera razonable y equitativa.

134) Que esa cooperación ha de procurarse a través de negociaciones que, para cada caso concreto, precise cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada estado y, de ser conveniente, determine cuáles 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.

Como lo sostuvo le C.P.J.I. en el caso del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, dicha obligación, la de negociar, consiste "...no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos, aun cuando la obligación de negociar no implica la de llegar a un acuerdo" (C.P.J.I. Serie A/B, nº 42, 1931, p. 116).

La negociación, según el Tribunal Arbitral en el señalado caso del lago Lanoux, "...no podría reducirse a exigencias puramente

formales, como la de tomar nota de las reclamaciones, protestas o disculpas presentadas por el estado del curso inferior".

Como lo expresó el señor Stephen M. Schwebel, relator especial de la C.D.I., en su Segundo Informe sobre el ya referido tema sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua (año 1980): "El desplazamiento de las aguas por el territorio de un estado al territorio de otro estado, considerado a la luz de los cambios incesantes de la cantidad de agua disponible como consecuencia de las variaciones del ciclo hidrológico y de la necesidad de una cooperación plena y amistosa entre los estados para la mejor utilización de este recurso natural esencial, constituye una situación especial —una realidad, una condición natural única— que sólo puede regularse mediante acuerdos entre los estados del sistema como resultado de negociaciones celebradas de buena fe".

Se ha expresado, en este orden de cosas, que la obligación de procurar acuerdos negociados deriva de las exigencias del derecho internacional consuetudinario a la luz de su evolución actual, al punto de considerar que hay: "...una analogía entre la obligación de los estados de negociar de buena fue que, según determinó la Corte Internacional de Justicia en los *Asuntos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte*... existía en el contexto de la Plataforma Continental y la obligación de los estados de negociar de buena fe acuerdos relativos a los usos de las aguas de sistemas de cursos de aguas internacionales".

Así lo estableció la Corte Suprema de lo Estados Unidos: "Los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional".

Ha podido entonces concluirse en el mencionado informe presentado a la C.D.I. que, tomando en consideración los derechos respectivos de los estados de un curso de agua, "...ordenarles que negocien es, por consiguiente, una manera justificada en este caso de ejercer la función judicial" (Schwebel, informe cit., p. 26).

135) Que esta obligación de negociar ha de ser considerada, como se verá, a los fines de la regulación futura del río Atuel, como parte de la decisión de esta Corte.

En conclusión: los razonamientos precedentes llevan al Tribunal a la convicción de que para resolver la presente causa en el aspecto referente a la utilización de las aguas del río Atuel es menester tomar en consideración las normas que pueden ser asumidas como costumbre en el derecho internacional, los principios vertidos en diversas convenciones, resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de la comunidad internacional y los propios criterios de nuestro país, reflejados normativamente, en cuanto presuponen el carácter de recurso natural compartido de los cursos de agua internacionales y afirman el concepto de una participación equitativa y razonable.

Estos principios, aplicables por directa analogía a los cursos de agua interprovinciales, deben ser confrontados con las características que presenta en concreto el caso *sub examine*, sin excluir sus circunstancias procesales.

De tal cotejo se desprenden consecuencias significativas. La cuenca hidrográfica del río Atuel está ubicada, según los peritos en fotointerpretación, en alrededor de un 80 % en territorio mendocino, donde nace y por donde discurre con la mayor contribución de agua. No hay duda acerca de la preexistencia de los usos en la Provincia demandada, como que el desarrollo económico de las zonas de San Rafael y General Alvear está basado, fundamentalmente, en un sistema de riego servido con aguas del Atuel. Ese desarrollo ha creado una importante infraestructura económico-social y estimulado el crecimiento demográfico que alcanza, en la actualidad, a alrededor de 100.000 habitantes dedicados, casi totalmente, a la actividad agraria.

También ha quedado descartada la existencia de usos altamente ineficaces. No hay dudas, tampoco, de que La Pampa estuvo lejos de demostrar que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales. Y resulta evidente que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has. de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener.

La valoración de todos estos factores es necesaria para solucionar la cuestión atinente a la utilización del curso de agua interprovincial de modo razonable y equitativo.

Tal valoración conduce a desestimar el reclamo actual de la Provincia de La Pampa, solución que, —por lo demás—, se adecua a los términos en que esta Provincia planteó su pretensión, que importa respetar los usos consuntivos "efectivos y actuales" (fs. 460 vta.).

Ello trae la consecuencia de que la Provincia de Mendoza ha de mantener los usos consuntivos actuales sin exceder los límites de 75.671 has., pero no excluye, en principio, el derecho de La Pampa a participar en los usos futuros del curso de agua interprovincial.

En cuanto a esos usos futuros, las partes deberán negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule su participación razonable y equitativa, teniendo en consideración, a partir de los usos actuales, las circunstancias pertinentes a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes.

Por ello y en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 109 de la Constitución Nacional, el Tribunal decide:

1) Declarar que el río Atuel es interprovincial y que el acuerdo celebrado entre el Estado nacional y la Provincia de Mendoza el 17 de junio de 1941 no tiene efecto vinculatorio para la Provincia de La Pampa.

2) Rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida en el consid. 88.

3) Exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia.

Costas por su orden en atención al resultado de las cuestiones entabladas.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT *(en disidencia)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

I

1º) Que el artículo 109 de la Constitución Nacional confía a esta Corte Suprema una función esencial al establecer que "ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia, sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella".

El hecho de que por primera vez en su historia llegue hasta los estrados del Tribunal una queja interprovincial no puede dejar de ser señalado, pues se está frente a la inauguración en el uso de una institución constitucional, cuyo contenido y finalidad deben ser de primordial importancia para un estado que ha adoptado la forma federal para su gobierno.

Cabe por ello que en esta ocasión precise la Corte la índole de estas quejas, el sentido de su decisión por ella y los medios conducentes a esa decisión.

2º) Que mediante las quejas que prevé el art. 109 la Constitución Nacional ordena que el Tribunal resuelva aquellos conflictos entre los estados provinciales que no tienen solución dentro de cada provincia, ni en el ámbito de la Justicia Nacional, tal como éste es delimitado en el art. 100 de la Ley Fundamental, ni en la esfera de competencias de otros poderes como es el tema del art. 67, inc. 14, de aquélla. Tienen un carácter diverso al de otros casos en que

participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una "causa civil" en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte. La competencia originaria en aquellas quejas requiere tan solo la existencia de un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía.

3º) Que tan enfática como la prohibición a las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto. Esta Corte tiene asignado por el art. 109 citado la potestad de dirimir tales conflictos. Su competencia al respecto nace, pues, de la sola existencia de la queja que se le somete. No requiere, para su pleno ejercicio de la conformidad de las partes, ni éstas pueden limitarla ni encausarla del modo que se conviene y delimita los poderes de un árbitro. Esto, porque en tanto la Nación Argentina ha acordado para su gobierno la forma federal, los estados provinciales concurrentes a los pactos preexistentes y los representantes del pueblo de la Nación que han decretado la Constitución Nacional han establecido una unión indisoluble. Dentro de tal unión indisoluble no es admisible que pleitos que no tendrían sino solución por la vía vedada de la guerra interprovincial, queden sin decisión, sin que tal unión devenga por ello ilusoria. Ya Bielsa observaba que "la atribución del art. 109 citado tiene cierta similitud con el arbitraje internacional, lo cual induciría a ver un indicio de soberanía. Pero la diferencia está en esto: que el arbitraje internacional presupone consentimiento de las entidades que a él se someten, al paso que en el sistema de la Constitución, el arbitraje está impuesto a las provincias. Se diría, quizá, que lo está por propia voluntad, por el llamado pacto de las entidades provinciales, y en suma, como un acto emanado de la soberanía del pueblo de la Nación, expresado por sus representantes, según declaración expresa del Preámbulo" (Rafael Bielsa, "Derecho Constitucional", t. II, p. 795).

4º) Que si la Constitución Nacional ha confiado la decisión de las quejas interprovinciales a esta Corte, que es un tribunal de justicia, aunque la tarea encomendada no sea de aquellas propias de los jueces (confr. art. 100 citado de la Constitución Nacional) cabe

inferir que al preferir, de entre los poderes supremos del Estado, en este caso, al que por sus funciones ordinarias está constantemente avocado a tomar decisiones fundadas en derecho, ha deseado que sean en el ámbito del derecho que las quejas interprovinciales se resuelvan. Empero, frente a conflictos que desde su origen escapan a las potestades regulares de los jueces, será difícil hallar siempre en las leyes su solución. El fundamento normativo de ésta sólo podrá surgir de modo directo de la Constitución Nacional, en la que la institución de las quejas interprovinciales halla origen.

La Constitución Nacional proporciona a tal efecto algunas guías que, por generales, no son menos seguras, como son las que surgen de su Preámbulo, en especial, para el caso, el constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general. A esta guía normativa deberán los magistrados agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras.

Esto sentado es admisible que se recurra a la sabiduría que atesoran el derecho comparado, el derecho internacional público —que ambas partes han aducido en esta causa— y la legislación dictada por el Congreso Nacional. Dentro del derecho comparado ocupa por razones históricas un lugar destacado, aquél emanado de los Estados Unidos de América, cuya Constitución ha inspirado la nuestra. Pero debe enfáticamente señalarse que este recurso a la sabiduría jurídica no implica la aplicación analógica ni supletoria de normas, sino que aquél se integra a través de la razón, el conocimiento y los demás factores señalados en el párrafo anterior.

Deberá quedar en claro, asimismo, que los fines del Constituyente deben primar sobre las soluciones que sólo descansan en fundamentos de índole técnico-jurídica.

5º) Que ésta es, finalmente, la ocasión de efectuar algunas precisiones doctrinarias sobre la índole de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que como señaló es muy diversa a la establecida por los artículos 100 y 101 para su actuación como tribunal de justicia.

Dirimir no es juzgar, y por ello es función que si la Constitución Nacional confió a jueces, lo fue en razón no de la índole de la tarea

sino de una preferencia del constituyente en el reparto de tareas que efectuó. En las acepciones que nos interesan, juzgar es "deliberar, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en cualquier asunto, y sentenciar lo procedente"; dirimir es "ajustar, fenecer, componer una controversia" (Academia).

El art. 109 de la Constitución Nacional que crea este peculiar y precioso sistema para "ajustar, fenecer, componer" controversias entre provincias, asegurando así la paz interior, tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. La toma Alberdi de la Constitución de Mora Granade y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leve variante en un término.

Los miembros de este tribunal cabe que se sientan honrados especialmente al cumplir con esta función no judicial que se les confió. Perfecto Araya observó que "uno de los principales motivos de la institución de la Corte Suprema fue el de consolidar la paz interior de las provincias, sometiendo al fallo tranquilo de la soberanía nacional las contiendas que aquéllas antes entregaban a la suerte de las propias armas, costeadas y sostenidas con el dinero y la sangre de los pueblos, promovidas a cada instante en una vida inacabable de resuelta por los industriales del militarismo y de la política, que aspiraban a ejercer un mayor poder en esa forma para explotarlo en provecho de su rango, fortuna y vanagloria, porque en esa época de guerra, de injusticia y constante desorden, era ése el medio de llegar a donde normal y equitativamente lleva en un país democrático el sufragio triunfante, emitido en el hermoso campo de las elecciones libres y pacíficas. Esta disposición, el fruto de nuestros antecedentes luctuosos, es, pues, una garantía de paz, porque tiende a suprimir hostilidades que tuvieron su germen en mezquinas rivalidades de predominio, que debían concluir desde el día en que unidas todas las provincias al amparo de una autoridad central, quedaron sus poderes públicos asegurados en el desempeño de sus funciones dentro del estricto límite de su extensión gubernativa. Nuestra Constitución, para que las provincias no desoyesen su imperioso mandato y acudieran al juez común que les ha destinado para sus contiendas..."

(Perfecto Araya, "Comentario a la Constitución de la Nación Argentina", t. 2).

Según Montes de Oca, "las relaciones interprovinciales están regladas por una norma invariable de gobierno. Las provincias no pueden celebrar tratados entre sí, si no es acerca de los objetivos netos y explícitos determinados en la Constitución. En cuanto a sus diferencias políticas, lo hemos dicho ya, las provincias no tienen personería para discutirlas por su propia autoridad; en consecuencia sus cuestiones deben ser sometidas al gobierno federal, deben ser sometidas a alguna autoridad superior que prevenga las conflagraciones armadas, y esa autoridad no puede ser otra que la Corte Suprema. El art. 109 es fruto de nuestros antecedentes; está impuesto por nuestra luctuosa historia civil; sin él la tranquilidad del país peligraría y, como sabemos, ha sido uno de los primordiales objetivos que la Constitución se propuso alcanzar. La facultad dada a la Corte de dirimir los conflictos de las provincias entre sí es una garantía de paz, cuya eficacia ha podido demostrarse después de nuestra organización. Las provincias no han sido ensangrentadas por esas luchas externas (podrían denominarse así) de que dieron tantos y tan repetidos ejemplos durante la gestión de nuestra nacionalidad; los movimientos sediciosos observados después de la reorganización han sido alzamientos en armas de una provincia o de parte de una provincia contra el gobierno nacional; pero las luchas y disensiones de las provincias que espían sus movimientos recíprocos, a causa de celos y de rivalidades, se han acabado en virtud de lo dispuesto en el art. 109" (Manuel A. Montes de Oca, "Lecciones de Derecho Constitucional", t. 2, p. 455).

Sobre la jurisdicción dirimente dijo Joaquín V. González que "su adjudicación a la Suprema Corte está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre ellas, desde que ninguna puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas. La Constitución quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias tuviesen un juez común para sus contiendas de derechos, porque no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo; y al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia, agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que

sus quejas deben ser sometidas a ella y dirimidas por ella" (Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", p. 632).

A lo dicho por estos maestros desde el pasado puede hoy añadirse que en circunstancias más pacíficas, ese "juez común" debe atender no sólo a la paz interior sino además al bienestar general, así pudo decir la Corte en Fallos: 178:19 que "la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo; no habría nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles (arts. 13 y 67, inc. 14). Los constituyentes actores y testigos presenciales del proceso que tuvo su término en la Constitución de 1853, establecieron una unidad, no por supresión de las provincias, camino que había obligado a desahuciar una terrible experiencia, sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la nación misma".

La Corte Suprema de Justicia es, en el campo que el art. 109 acota, el órgano de esa conciliación y no podrá olvidar en la tarea que aquí emprende lo que dijo también en el fallo citado; con palabras que tienen ahora una especial vigencia: "El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación" (Fallos: 178:19).

Esta Corte sentirá por todo lo expuesto que ha cumplido con eficacia la labor que la Constitución Nacional le encomienda si su

decisión lleva a los litigantes a cobrar cabal conciencia de que son partes de una misma Nación, y que por ello importará más en definitiva a sus intereses la solución en común de sus problemas que la satisfacción de sus pretensiones primarias.

El mayor provecho que puede generarse de tal conciencia es la comprensión de las ventajas de la elaboración de un proyecto en unión que satisfaga a ambas partes y de sumar sus esfuerzos en la realización de dicho proyecto.

II

6º) Que la Provincia de Mendoza ha sostenido en su escrito de responde que el río Atuel no es interprovincial y por tanto de su dominio exclusivo toda vez que, abajo de la localidad de Carmensa, pierde la condición de perenne. Por consiguiente, no tiene, desde el punto de vista jurídico, la condición de río en razón de que la perennidad, que sería su elemento jurídicamente sustantivo, "está directa e inexcusablemente ligada físicamente a los usos de las aguas. Ningún uso, que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal". Desde Ulpiano hasta la más moderna doctrina los autores han señalado esta condición necesaria.

El río Atuel, sostiene, era originariamente tributario de la laguna de Llancanello que es una cuenca cerrada. Desde fines de la década de 1910, el río, al salir de los Andes e ingresar al pedemonte, aguas arriba del Nihuil, se ha desviado hacia el Norte formando bañados en la zona conocida como Piedras de Afilar y hacia el Sur, con su afluente, el Salado, escurriendo hacia Llancanello. De esa manera se produjo un crecimiento natural constante de los conos de deyección producto de la sedimentación del material sólido que arrastran las aguas. Ese fenómeno se agravó entre 1917 y 1933 y determinó que el curso del Atuel quedara casi sin aguas en la zona de cultivos y consecuentemente en La Pampa. En esas condiciones, el gobierno nacional, en colaboración con el mendocino, construyó en las inmediaciones del paraje conocido como Las Juntas, "importan-

tes obras para reencauzar las aguas hacia su antiguo cauce". Esos trabajos fueron los que permitieron que hayan retornado a "sus cauces originales".

Por otra parte, cabe afirmar —dice Mendoza— que es una constante histórica la baja del módulo anual de los ríos andinos que produce ondas cíclicas descendentes del flujo de las aguas. Así lo reconoce el Ing. Pontussi, hoy asesor de La Pampa, en un informe que reproduce. Todavía en la actualidad el agua se infiltra y escurre subterráneamente al ingresar al pedemonte en la zona de Las Juntas en tal medida que los técnicos de la sociedad del Estado Agua y Energía Eléctrica estiman que las pérdidas son superiores al 35 % de ese módulo.

De tal manera, el río se pierde totalmente como curso superficial después de las tomas de San Pedro del Atuel, a la altura de Carmensa, donde existen los últimos cultivos hechos con sus aguas. Sin duda, pendiente abajo, existen cauces en formación deltaica por los que a veces escurre hacia territorio pampeano con una periodicidad media que es de menos de 4 meses cada 4 años. Esos cauces no son, por lo tanto, ríos en un sentido jurídico aunque lo sean para la geomorfología.

7º) Que con el propósito de acreditar la condición interprovincial del Atuel, La Pampa requirió de los peritos en geografía, hidrografía e hidrología, hidrogeología y fotointerpretación, información específicamente vinculada con el tema.

En ese sentido, es necesario analizar los respectivos dictámenes incorporados a la causa a través de cuerpos autónomos integrados al expediente. Los cuerpos XXXIV y XXXV contienen el dictamen del perito geógrafo Dr. Alfredo Siragusa, que informa sobre los puntos requeridos de manera exclusiva por la parte actora. En ese sentido guarda particular atinencia con el tema en debate, la contestación al punto pericial LP 101 (ver fs. 32/49, cuerpo XXXIV). En la determinación de la cuenca hidrográfica del Atuel, tras un extenso estudio de sus características que abarca la delimitación física, la superficie atribuible y la caracterización de las secciones en que la divide conforme a la ciencia geográfica y geomorfológica, concluye

que: a) la cuencia del río abarca un total de 54.800 km², de los cuales 36.600 están ubicados en territorio mendocino y 18.200 en territorio pampeano; b) que la alimentación principal del río se produce en las cuencas superior y media, ambas ubicadas en Mendoza; c) que el régimen del Atuel presenta fuertes oscilaciones y que los consumos de agua que se producen en el valle medio y primera parte del valle inferior llegan a comprometer totalmente sus caudales en épocas y ciclos de pobres precipitaciones, determinando que los cauces en La Pampa se sequen, situación que se modifica cuando las precipitaciones en la cuenca superior y media sobrepasan ciertos límites y al no consumirse las aguas totalmente, fluyen a la Provincia actora y, finalmente, que ese flujo "dentro del territorio de La Pampa por las noticias existentes fue permanente" (fs. 49). Por otra parte, cuando se refiere a lo que denomina "valle inferior del Atuel", señala que el río cruza el paralelo 36º que divide a las provincias de Mendoza y La Pampa "llegando a unirse (sus brazos) dentro del territorio de esta última a cota 270 ms." y penetrando unos 170 km.

8º) Que el peritaje geográfico contiene otras referencias de interés al comentar el informe preparado para la actora por el profesor Daus, en particular las atinentes al concepto de río expresado, desde luego, desde el punto de vista del conocimiento geográfico. En ese sentido a fs. 4, al referirse al párrafo 16 del informe, Daus recuerda que al definir su concepto advierte sobre la variación de los caudales que pueden menguar hasta desaparecer casi totalmente sin que esto altere su perennidad y agrega que "considera correcta esta interpretación aunque cree que puede llegar a desaparecer la visibilidad de las aguas durante tiempos más o menos prolongados, sin que deje de tener validez el topónimo de río". Más adelante, cuando contesta a las explicaciones requeridas por la demandada, destaca que la "denominación río no implica permanencia de agua en el cauce" (fs. 194).

9º) Que los peritos fotointérpretes, al igual que los hidrólogos e hidrogeólogos, debieron responder a igual pregunta formulada por La Pampa. Es oportuno hacer mención, en primer término, a su informe (cuerpo XXXII). Al contestar al punto LP 115, los expertos indican los límites de la cuenca hidrográfica en el plano II-I que involucra zonas ubicadas en las dos provincias (fs. 19, 63 vta.). Por otra parte, para fijar la sección de cierre de cuenca, han tomado el seguimiento

de una línea imaginaria que pasa por Paso de los Algarrobos, zona que está ubicada en territorio pampeano (fs. 19 vta.). En otro sentido, a fs. 62 vta. aventan las dudas que podía suscitar el uso del símbolo cartográfico de intermitencia y se destaca que ese signo no alude al carácter natural del río sino a las condiciones de éste reflejadas en el material utilizado y que corresponden al período entre 1960 y 1978/79. Sus explicaciones de fs. 63/64 ilustran sobre las razones que explican la discrepancia en la superficie de cuenca que, en territorio pampeano, refleja el peritaje geográfico (18.200 km²) y su propio trabajo (5.880 km²).

10) Que, por su parte, los hidrólogos en las conclusiones de su informe pericial (cuerpo XVII, págs. 9/10, pregunta LP 104) admiten como límites de la cuenca hidrográfica los que fijan los fotointérpretes y califican al río como "un curso de agua definido"... "que comprende los territorios de la Provincia de Mendoza y de la Provincia de La Pampa", incluidos en el plano confeccionado por aquéllos y afirman que "desemboca a través del arroyo La Barda en el río Salado-Chadileuvú, en las inmediaciones de Paso de los Algarrobos (ver también fs. 297). Más adelante, refiriéndose a su cuenca de llanura, señalan que "agua abajo de la estación aforo 'Paralelo 36' ubicada a unos 12 km. del mencionado paralelo, el río se abre en dos brazos, que alimentan una gran zona de bañados, para escurrir luego por un brazo único a la altura del paraje La Puntilla para alcanzar, finalmente y con un caudal muy disminuido, a confluir con el Salado o Chadileuvú en la localidad de Paso de los Algarrobos" (fs. 22). A fs. 296 del cuerpo XVIII al describir la delimitación de la cuenca, afirman que desde la localidad del Sosneado hacia aguas abajo se ha constatado la existencia de un "curso permanente" que ingresa a La Pampa para concluir, como ya se ha dicho, en el Paso de los Algarrobos con el Salado o Chadileuvú.

11) Que igualmente vinculadas a la cuestión se presentan las conclusiones de los expertos al contestar el punto C 1 propuesto de común acuerdo por las partes. Se requería "establecer el régimen hidrológico del Río Atuel", ya sea en sus condiciones naturales o considerando los aprovechamientos realizados para verificar su comportamiento en determinados puntos geográficos, entre ellos el paralelo 36 que, como se sabe, fija el límite entre las dos provincias. A fs. 4

del cuerpo XVII afirman, con fundamento en los estudios realizados en el capítulo 10 de su trabajo (fs. 393/398, cuerpo XVIII), que la circulación de caudales en todo el tramo Rincón del Atuel (aguas arriba de la zona de riego) hasta dicho paralelo "se haría sin más alteración que la propia interacción localizada con el cauce permeable, conocida como almacenamiento de banco, según la sucesión de crecientes y bajantes, el aporte de aguas subterráneas provenientes de zonas de recarga y mermas por evaporación y por desbordes en épocas de crecidas importantes. La escasa cantidad de los aportes y de las mermas que se estima podrían ocurrir en situaciones de régimen sin obras permiten suponer el equilibrio de las mismas, con más razón cuando se consideran promedios mensuales de un período extenso. En consecuencia, a la luz de los conceptos anteriores se concluye que, a todo efecto práctico, *el régimen natural del Atuel en el límite interprovincial puede suponerse casi coincidente con el del Rincón del Atuel*". Por el contrario —agregan— "con la influencia de las obras se ha caracterizado por la interrupción artificial de su escurrimiento en virtud de la derivación total o parcial de los caudales con fines de riego aguas abajo del Rincón de Atuel. Dicho escurrimiento ha presentado intermitencias cada vez más pronunciadas a partir de las primeras décadas del siglo, en correspondencia con el desarrollo de la red de riego. Desde 1947, en correspondencia con la entrada en operación de El Nihuil, cesó por completo hasta 1973, en que nuevamente en forma esporádica y luego continua a partir de 1979 volvieron a ingresar caudales en territorio pampeano".

12) Que, por otro lado, la contestación a las explicaciones requeridas respecto al punto LP 104, ratifica estas afirmaciones. En efecto, tras señalar que la señalización del Atuel como intermitente surge del plano confeccionado por los fotointérpretes, entienden que el río "no es naturalmente intermitente". Las interrupciones en su escurrimiento —dicen— tiene origen ya sea en las costas (gastos) provocadas por Valle Grande según sus planes operativos y/o en la disminución de caudales para riego en el tramo Valle Grande-Carmensa. Por lo tanto, el curso "debe interpretarse como naturalmente permanente en toda su extensión hasta su ingreso a La Pampa" (cuerpo XIX fs. 667).

13) Que a comprobaciones semejantes llegan, igualmente, los hidrogeólogos. Cuando contestan a la pregunta LP 107 en la que La Pampa requiere la delimitación de la cuenca hidrográfica del Atuel, también definen como tal a la que señalan en su dictamen los fotointérpretes (ver fs. 239, cuerpo XXI; opinión del perito tercero, Oscar J. Ruiz Huidobro a fs. 650, cuerpo XXIII). En otros puntos de su informe ratifican su concepto de la interprovincialidad del río; por ejemplo, cuando señalan las características que presentan sus cauces en La Pampa (fs. 556 y 559, cuerpo XXII) y más especialmente, al afirmar que "tanto cualitativa como cuantitativamente la presencia de las aguas del río Atuel en la Provincia de La Pampa fue y debe ser un hecho normal en condiciones naturales de no interferencia" (fs. 560 vta.). Por lo demás, párrafos antes habían señalado que las descargas en la proporción registrada en los últimos años de 20 a 30 mt^3/s prueban, pese a las obras existentes "el trabajo de un río cuyas aguas para merecer tal nombre no necesitan ser permanentes", toda vez que la literatura especializada no desconoce los regímenes de agua efímeros o transitorios (fs. 559).

14) Que aunque los peritajes en hidráulica y agronomía no tenían como contenido específico puntos vinculados al tema, hacen alusión a él. Los agrónomos, por ejemplo, mencionan que el río tiene "escurrimientos que van más allá del paralelo 36º" (cuerpo XXVIII, pág. 78) y los ingenieros hidráulicos vinculan la situación con las consecuencias de la explotación de las aguas del Atuel (cuerpo XXIV, fs. 45/46). Estas aseveraciones se encuentran ratificadas por numerosa prueba documental aportada al expediente de la que cabe señalar la más relevante, con prescindencia de aquélla vinculada con la resolución 1560/73 que otorgó a La Pampa participación en las regalías hidroeléctricas del Atuel, habida cuenta de la posición asumida por Mendoza en el sentido de que tal decisión, pese al tiempo transcurrido, no se encontraría firme.

15) Que entre esos elementos probatorios asume particular gravitación los atinentes al dictado, por parte de la entonces Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, de la resolución 50/49 cuyos antecedentes obran en el expediente 146.091. Esa resolución enmarcada en el régimen de la ley 13.030 importó el reconocimiento por

parte de la dependencia técnica nacional del carácter interprovincial del río que, antes de la utilización de sus aguas por la Provincia cuyana, llegaba al noroeste pampeano. Se decía así que tras la inauguración del dique El Nihuil, correspondía adoptar los recaudos necesarios para asegurar "la libre circulación de los caudales acumulados y su equitativa distribución y utilización en todo el curso del río". A tal efecto –apuntaba el director de la repartición citada en nota al Secretario de Industria y Comercio, de fecha 20 de enero de 1949– y de acuerdo a los antecedentes disponibles, "consistentes en un censo levantado en años anteriores y diversas informaciones que acusan el aprovechamiento de un caudal para el regadío de unas 1500 ha.", se tendría que esa superficie utilizada en La Pampa, "representa el 2 % del total de las 70.000 ha, aproximadamente, que se sirven en Mendoza. De esa manera y tendiendo a restablecer las llegadas del caudal del Atuel operadas en sus crecientes, se disponía que de "las descargas desde el embalse de El Nihuil, un volumen equivalente al 2½ % del derrame anual del río, establecido en 1100 hm^3, se destinará a bebida de poblaciones y ganado, regadío de las praderas naturales y alimentación de represas y lagunas en la zona noroeste de La Pampa, como compensación por los caudales sobrantes y de creciente que recibía dicha zona con anterioridad al aumento de la superficie con caudales bajo riego del mencionado río en la Provincia de Mendoza". Se establecían, también, las modalidades de esas sueltas y el compromiso de realizar estudios técnicos apropiados.

16) Que distintos funcionarios nacionales reconocieron, durante los últimos 50 años, el carácter interprovincial del Atuel. Entre ellos, es importante el informe del Ing. Félix Duhart, del 5 de octubre de 1948, antecedente inmediato de la citada resolución que reproduce buena parte de sus conceptos. Allí se destacaba que antes del desarrollo del riego en el valle del Atuel "a principios del siglo actual", la zona noroeste de La Pampa recibía las crecientes periódicas del río bañándose así grandes extensiones de campo en los departamentos de Chalileo y Chicalcó, se reseñaban los efectos del aprovechamiento en Mendoza y la gravitación, desfavorable para la Provincia pampeana, de la construcción del dique El Nihuil. Para evitar estos efectos proponía asignar un volumen de agua, para lo cual debía tenerse en cuenta el "censo levantado por pedido de la ex Dirección

General de Irrigación de fecha 14 de mayo de 1934" y que, "según las declaraciones juradas de cinco usuarios de agua del río Atuel en el territorio de La Pampa que obran a fs. 14/25 del citado expediente, éstos han denunciado el aprovechamiento de agua para riego de 1500 ha. que representan aproximadamente el 2 % de las 70.000 ha. bajo riego en Mendoza. Es decir —continuaba— "que correspondería fijar el 2 % del derrame anual para su aprovechamiento en La Pampa". A ello habría que agregar el 1/2 % del derrame, estimado en 1100 hm^3 para alimentación de personas y animales (fs. 33/36). Por su parte, el Ing. Juan G. Dietsch, integrante de la Dirección Nacional de Irrigación, señalaba, en 1939, las circunstancias reseñadas por el Ing. José A. Balbi que atribuía la interrupción de la llegada de las aguas a la zona de Santa Isabel y Algarrobo del Aguila a la utilización del caudal aguas arriba y a los desvíos y tapones no autorizados, y concluía que, "por su situación geográfica tienen derechos naturales sobre las aguas del río Atuel los terrenos que posteriormente, por la división política de la Nación, han quedado parte en la Provincia de Mendoza y parte en el territorio de La Pampa" (prueba R.33, Caja nº 7). El informe Balbi, más explícito en el punto que nos interesa, recordaba que las zonas de La Pampa citadas "habían sido evidentemente el campo de derrame de las aguas del Atuel en los años en que el caudal del río no se utilizaba para la irrigación de tierras en la Provincia de Mendoza" y que en su discurrir, abierto en dos brazos, pasaba "al Este de la población de Santa Isabel y se unía al Salado en el punto llamado Paso de la Horqueta y formaba dos arroyos: el Butaló y el de La Barda". Servían así al "desarrollo de vegetación apta para el sustento de ganados y al mismo tiempo de aguadas para poblaciones y haciendas". Concluía, finalmente, en que el Atuel "bañaba en años anteriores —escribe en 1938— extensiones de campo en el territorio de La Pampa (Santa Isabel, Algarrobo del Aguila)" y que la zona primeramente citada "no recibe más derrames del río Atuel" (prueba R.32, caja nº 7).

17) Que, asimismo, el informe de otro funcionario de la Dirección de Irrigación, el Ing. Carlos Alberto Dillon, admite el ingreso del Atuel en La Pampa, como surge del documento R.69, caja 10. También el entonces director de Coordinación Hídrica, Ing. Julio C.

Huidobro Saravia, tras reproducir los fundamentos de la citada resolución 50/49 sostuvo como conclusión de su informe en el expediente 173/73 del Ministerio de Obras Públicas que "de los antecedentes expuestos se infiere que la condición interprovincial o interjurisdiccional de las aguas del Atuel es inequívoca y tiene plena vigencia" (documentación R.21, caja nº 7).

18) Que, por último, es conveniente recordar que en oportunidad de debatirse en el Senado de la Nación la ley de provincialización de los territorios nacionales, el miembro informante, Dr. Pablo A. Ramella, señalaba en su descripción geográfica de La Pampa que "en cuanto a sus ríos, uno de los principales y cuyo caudal de agua es fundamental para este territorio, es el Atuel que viene de la Provincia de Mendoza. Antes —decía— entraba por el arroyo Butaló, actualmente por el arroyo Las Bardas" (Diario de sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, año 1951, T.I. pág. 456) y que el propio letrado de la demandada ha admitido que "salvo la cuenca cerrada de la laguna Llancanello (que incluye el pequeño río Malargüe) todos los ríos mendocinos son interprovinciales", lo que, obviamente, involucra al Atuel. (Cano, Guillermo J. "Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza", 1967, pág. 53).

19) Que la Provincia de Mendoza ha pretendido demostrar que una serie de circunstancias reseñadas al enumerar las defensas por la que negaba la interprovincialidad del río, debidas algunas a hechos de la naturaleza y otras a la acción humana, le han privado, si alguna vez la tuvo, de esa condición y que no goza, por lo tanto, del atributo, a su juicio indispensable, de la perennidad. En su alegato sostiene, esencialmente, que alrededor de la década de 1920 (entre 1917 y 1933) "por hecho de la naturaleza, el Atuel se dispersó en la zona de las Juntas, al salir de la cordillera a la llanura, de modo tal que sus aguas no sólo no llegaban continuamente a La Pampa sino tampoco a la zona mendocina cultivada con sus aguas, lo que anuló la interprovincialidad del río, si es que la hubiera tenido (lo que admitimos por hipótesis). Esa situación fue corregida por la acción humana de modo que si llegan ocasionalmente al territorio pampeano es a raíz de tales obras encaradas por Mendoza y las autoridades nacionales".

20) Que la provincia demandada requirió de los peritos hidrogeólogos su opinión sobre este particular por intermedio de las preguntas M 43 y M 44. Los peritos de parte sostuvieron opiniones discordantes. Para el Ing. Zakalik, técnico de Mendoza, los ríos Salado y Atuel se desviaron por causas naturales de sus cauces derivando el primero hacia la laguna Llancanello y, el segundo, hacia la zona de Piedras de Afilar. Si bien no puede precisar el volumen de agua perdido del cauce principal por estas consecuencias, entiende que era "un importante caudal", en ambos casos, hasta la construcción de las defensas en 1934, admitiendo que las pérdidas producidas en la actualidad por efectos de la evaporación e infiltración es del orden del 29,2 % para el año 1979. No hay en el peritaje ratificación expresa de la afirmación de Mendoza de que el proceso de dispersión se haya producido entre los años 1917/33. Sólo se afirma que es anterior a las obras encaradas, pero no cuánto anterior (cuerpo XXI, fs. 250 vta./253, ver también, cuerpo XXIII, fs. 736/41). Estas conclusiones no son compartidas por el Dr. Sala, perito de La Pampa.

21) Que, en efecto, el mencionado profesional, tras extensas consideraciones, afirma que no ha habido desvíos de los cursos naturales de los ríos que son aquellos "por los cuales escurre el agua en la actualidad, tanto en el estiaje como durante las crecientes". Esos cursos no pudieron ser desviados por el hombre aun mediante la realización de obras que, en el caso, "son insignificantes en relación a los fenómenos naturales" (fs. 261), y agrega que si los ríos "en tiempos geológicamente más antiguos hubieran escurrido en otras direcciones, hace miles de años que fluyen por sus cauces actuales" (fs. 261). A fs. 749/752 ratifica este aserto.

22) Que estas opiniones controvertidas acerca de la evidencia y la oportunidad del desvío de los ríos Salado y Atuel, se reiteran cuando los peritos deben responder al punto M 44 que perseguía la comprobación del destino natural de sus aguas superficiales si no se hubieran construido en 1933, las obras de reencauce invocadas. Para el Dr. Zakalik, que ilustra su dictamen con fotografías, su destino físico no sería el actual, toda vez que, en ambos casos, un importante caudal se desviaba del cauce principal hasta que se erigieron las defensas. Esas defensas y sus objetivos —afirma— están des-

criptas en un informe del Ing. Federico Tapper al director general de Irrigación de la Nación, fechado en 1932. Por su parte, el Dr. Sala afirma, en cambio, que de no haberse llevado a cabo las obras, las aguas hubieran seguido, igualmente, su curso presente.

23) Que frente a estas diferencias cabe señalar la opinión del perito tercero, Dr. Ruiz Huidobro, que no resulta tan categórica como las vertidas por sus colegas. A fs. 254 dice: "Como se describió en la pregunta C 9 y F Historia Geológica (Texto General, 2a. parte) los ríos Salado (mendocino) y Atuel cambiaron su curso durante el pleistoceno. Sobre un viejo curso del Salado que iba hacia la laguna Llancanello escurre el arroyo Malo. La separación del río Salado del arroyo Malo es debida a un fenómeno natural de evolución geomórfica. El hombre desde antiguo realiza obras de defensa y contención de las aguas del río Salado, por temor de que vuelvan a su antiguo cauce". Luego continúa: "Lo dicho más arriba vale para el río Atuel; aunque en este caso convendría proseguir con la ejecución de defensas de la margen derecha a fin de evitar que pueda dirigirse hacia las ciénagas de Piedra de Afilar, teniendo en cuenta que la tendencia del drenaje, en su evolución geológica, es el de migrar hacia el norte".

24) Que, por otro lado, al contestar la pregunta M 44 que requería determinar el destino físico actual de las aguas del Salado y del Atuel si no se hubieran construido las obras de reencauce, responde: "El río Salado habría mantenido lo mismo su cauce. Sin embargo, se considera que las defensas evitaron, durante los períodos de creciente, que cuando el río sale de su cauce, erosione la terraza que lo separa del arroyo Malo, que es la defensa natural que tiene hoy día. Lo dicho vale con respecto a la defensa de la margen norte del río Atuel, que evitará en el futuro la erosión y posible flujo hacia las ciénagas de Piedra de Afilar" (fs. 270). Su dictamen sobre el punto se completa con la respuesta al pedido de explicaciones que corre a fs. 733 donde señala que son bien notables los cursos aluvionales construidos por dichos ríos y la "evolución geomórfica de los ríos Atuel y Salado en tiempos pasados hacia el Sur y del Sur hacia el Norte, respectivamente".

25) Que, sin perjuicio de señalar que las respuestas del perito tercero no favorecen una clara interpretación del punto, cabe deducir que reconoce una tendencia de las aguas a divagar en su dirección hacia Llancanello y Piedras de Afilar y que se construyeron defensas con el propósito de evitarla en las épocas de crecida. No obstante, no existe afirmación alguna que permita apreciar si ese fenómeno se produjo en el lapso temporal que invoca la demandada o medir su magnitud; sí existen, por el contrario, manifestaciones en el sentido de que se habría producido en épocas muy remotas (ver fs. 775, cuerpo XXVIII).

26) Que el dictamen de los hidrólogos contiene, asimismo, elementos que sirven para ilustrar la cuestión. En efecto, al contestar el pedido de explicaciones de Mendoza a la pregunta C 1 vinculada a la determinación del régimen hidrológico del Atuel y por las que les requería la razón de no haber considerado el efecto de "los fenómenos naturales aludidos en las preguntas M 43 y M 45", señalan que efectivamente la demandada había construido obras de contención para "evitar los desbordes", que para medir su gravitación sobre el módulo del río se practicaron estudios técnicos apropiados que, tras su consideración, "no se observan modificaciones significativas del régimen del río Atuel, que tendrían que reflejarse en un incremento sostenido del módulo a partir de la fecha de funcionamiento de las obras de reencauce"... "Es opinión de esta pericia" siguen las obras de referencia habrían contribuido eficazmente a disminuir o evitar los desbordes de las crecidas anuales hacia la laguna Llancanello y las ciénagas de la Piedra de Afilar, respectivamente, pero no pueden estimar porcentajes ni magnitud de caudales desbordados por cuanto no conocen las cotas críticas de desbordes ni los niveles alcanzados por las aguas: en los períodos de crecidas, tanto ordinarias como extraordinarias". "En todo caso" —agrega por último— "surge del análisis de las series estadísticas tratadas que los volúmenes desbordados con anterioridad a la fecha de construcción de las obras y reencauzados *a posteriori* de las mismas, si bien pudieron ser importantes en valores absolutos en el momento de las crecidas, no alcanzaron a ser lo suficientemente significativos dentro del balance global de las pér-

didas, como para modificar el régimen del río ya sea por la escasa permanencia anual de niveles altos o por su baja recurrencia durante el período estadístico analizado, que se traducirían en caudales no detectables a través de los caudales medios anuales de las series" (fs. 651/655, cuerpo XIX).

27) Que, por su parte, el perito geógrafo Dr. Siragusa también consideró este tema. A fs. 29 del cuerpo XXXIV señala la influencia de la laguna de Llancanello a la que, de controlarse los escurrimientos, podrían derivar las aguas del Atuel y del Salado, dejando sin ese elemento vital a la zona de riego y reconoce que en la zona de Las Juntas la Provincia de Mendoza realizó obras que califica de "simplemente zanjas y pequeños terraplenes", pero que contribuyen a reforzar el caudal del Atuel. Más adelante, cuando describe la Cuenca hidrográfica del río, señala que aguas del Salado engrosan al Atuel en Las Juntas y que otras se pierden en la laguna de Llancanello (fs. 39 y a fs. 54) que los "derrames incontrolados" producen en la planicie de Llancanello "insunción de agua que luego formará pantanos". Al contestar las explicaciones solicitadas (ver fs. 271), señala que en "la década de 1933 se restableció una conexión que amenazaba con desviar por cierto tiempo parte de la afluencia del Salado al Atuel".

28) Que se vinculan con las obras de reencauce las actuaciones iniciadas por la Dirección Gral. de Irrigación, cuyas copias figuran agregadas por la demandada, de fs. 275 a fs. 302 de los autos principales. Un informe encomendado al Ing. Federico Tapper, sobre cuya base se proponen los trabajos, señala la previa e infructuosa construcción de obras que trataron de impedir desvios del Atuel hacia Piedras de Afilar y del Salado hacia Llancanello que se veían favorecidos por los desbordes. Por ello, aconsejaba nuevos trabajos de reencauce de ambos ríos con el fin de atender las necesidades de riego en Mendoza. Al igual que el Ing. Tapper, el Inspector general de la Zona Sud, Ing. Ballester, alude a estas obras en su nota al director de Irrigación del 22 de agosto de 1932. Por su parte el director, Ing. Outes, destacaba al ministro del Interior que se procuraba evitar los derrames del Atuel y del Salado y prevenir "la escasez de agua que sufren algunos años" "los extensos regadíos de Mendoza" servidos por el primero. En ningún caso existen referencias en el sentido

de que esas obras fueran determinadas por una alteración del curso del río operada en los años inmediatamente anteriores como lo sostiene Mendoza.

29) Que si bien se han aportado a la causa elementos probatorios que sirven para demostrar el fenómeno de dispersión que se opera en los casos de desbordes en la zona del pedemonte hacia la laguna de Llancanello y la región conocida como Piedra de Afilar, como así también que las autoridades nacionales y de la Provincia realizaron en su momento obras de reencauce para evitar ese efecto, la prueba producida no es suficiente para acreditar las argumentaciones centrales de la demandada: esto es, que el proceso de dispersión haya tenido, como consecuencia directa, que esas aguas no sólo no llegaran "continuamente a La Pampa sino tampoco a la zona mendocina cultivada con sus aguas, lo que anuló la interprovincialidad del río si es que la hubiera tenido" (ver alegato fs. 26), que se produjera en el lapso temporal denunciado y que las obras mencionadas hayan sido las determinantes de que hayan retornado —como se afirma— a sus cauces originarios.

30) Que, en efecto, las discrepantes conclusiones de los peritos hidrogeólogos no autorizan tal interpretación toda vez que la opinión más favorable a la tesis mendocina, emitida por el Dr. Zakalik, no alcanza a demostrar que los hechos denunciados —que da por existentes— hayan acaecido entre los años 1917 y 1933 y menos aún la avala el criterio que sobre el punto exponen los expertos en hidrología. Esas afirmaciones confrontadas con la evidencia de que las obras y los usos han provocado la interrupción artificial de un escurrimiento que según aquéllos ha "presentado intermitencias cada vez más pronunciadas a partir de las primeras décadas del siglo en correspondencia con el desarrollo de la red de riego" (cuerpo XVIII, fs. 393/398) requieren una demostración más acabada que la que se ha obtenido en el expediente. Por otra parte, si como se anticipara, la circulación de caudales en el tramo Rincón del Atuel, paralelo 36º 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 la interrupción o disminución de ese escurrimiento.

31) Que otras consideraciones, fundadas en elementos probatorios emanados del peritaje en hidrología, aseveran lo expuesto. Pareciera obvio, si se atiende a la trascendencia que Mendoza asigna al hecho físico denunciado y a las obras de reencauce, que el derrame del Atuel mostrara diferencias cuantitativas antes y después de la construcción de los trabajos. Sin embargo, esto no es así y la prueba más concluyente sobre el particular la constituyen, entre otros elementos, las planillas de caudales medios y derrames medidos en las estaciones de Rincón del Atuel y La Angostura que cubren el período 1917/1918-1981/1982, serie que los peritos hidrólogos destacan como la más confiable (fs. 33, 108 y 109 del cuerpo XVII) y la figura 1.2. de fs. 57 de ese cuerpo. Si se computan los registros de caudales y derrames por el lapso 1917/1918-1926/1927, que abarcan diez períodos anteriores a la realización de los trabajos de reencauce donde el proceso de disminución de caudales aparecería, según Mendoza, en su culminación, con otro lapso igual pero posterior a las obras (1933/1934-1942/1943), las variaciones, ya sea del caudal medio o los derrames, no ofrecen mayor diferencia (en efecto, de un caudal medio promedio de 34,5 m^3/s para el primer caso, se pasa a otro de 34,2 y de un derrame anual de 1088 hm^3 a 1093 hm^3). Por su lado, el gráfico de fs. 57, comparativo de los caudales medios de los ríos Atuel, Mendoza y San Juan para los años 1909/1910 y 1980/1982, indica la regularidad del primero a lo largo de la serie como que, a su respecto, el decrecimiento de caudales no es significativo. Estos datos reciben, por lo demás, ratificación suficiente en los cuadros elaborados por los hidrólogos para responder al pedido de explicaciones solicitado por la demandada que corren a fs. 653/654 del cuerpo XIX y en los que aquéllos se apoyaran para emitir las conclusiones citadas en el considerando 21). Por último, corresponde agregar otra conclusión no menos trascendente: una variación geomorfológica como la denunciada por Mendoza no parece posible que se haya operado en un tiempo histórico tan reducido.

32) Que descartadas las defensas de la demandada, debe reconocerse el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del Atuel. Sólo corresponde alguna consideración sobre el requisito de la perennidad cuya necesidad aduce para calificar, desde el punto

de vista jurídico, a un río como tal. "Ningún uso" —ha dicho Mendoza— "que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal", pero tal afirmación, inobjetable como razonamiento abstracto, omite la circunstancia de que la interrupción o discontinuidad de las llegadas de las aguas a La Pampa se debe a la intensidad de los usos consuntivos operados en su territorio como lo han comprobado los elementos probatorios analizados en los párrafos precedentes.

33) Que decidido el carácter interprovincial del río, se torna necesario considerar la defensa de la demandada basada en la significación que atribuye al convenio que celebró con la Nación en el año 1941 y a la ley 12.650 que, sostiene, obligan a la Provincia de La Pampa, sucesora del Estado nacional, por entonces autoridad territorial.

Ese contrato, del 17 de junio de 1941 —explica— fue formalizado en virtud de la ley 12.650 y vinculó al gobierno federal y a Mendoza. Se trata de un contrato de derecho público concertado entre estados y enmarcado en el derecho intra federal. Para la demandada sólo caben dos interpretaciones de sus alcances: a) si el río Atuel es mendocino, el contrato implicó para la autoridad nacional el reconocimiento de tal condición; b) de lo contrario, era, en 1941, un río interjurisdiccional y esa autoridad tenía "plena competencia para convenir con Mendoza el aprovechamiento del curso de agua que penetraba en un territorio nacional (La Pampa) sometido entonces a jurisdicción federal exclusiva". Por lo tanto, resulta innegable que "estaba en condiciones constitucionales de disponer de un río que atravesaba una provincia y un territorio de jurisdicción federal mediante acuerdo con esa provincia" (fs. 416).

34) Que —agrega— esa disposición de un bien del dominio público— como lo es un río navegable o no (art. 2340, inc. 3º, del Código Civil)— no presenta dificultades cuando se opera el traspaso a otro dominio público toda vez que, como lo destaca la doctrina que cita, no se modifica la condición jurídica del bien ya que su afectación a ese tipo de dominio permanece inalterable. De tal manera, "tratándose de un río cuya titularidad 'pudo' haber estado compartida entre dos de los estados que forman la República Argentina, es decir entre

la Provincia de Mendoza y el Estado nacional, que tenía el dominio de los bienes públicos situados en 'su' territorio de La Pampa, no existía ningún obstáculo jurídico para que dichos entes reglamentasen sus respectivos derechos sobre las aguas del mencionado río e incluso uno 'reconociese' los derechos del otro" (fs. 417). Si era un recurso compartible, no había ningún inconveniente en que la autoridad nacional, en cumplimiento de objetivos de bien común, tomara medidas para propender al "bienestar general", como lo dispone el preámbulo de la Constitución. Ese contrato es oponible a La Pampa y la obliga.

35) Que, a su juicio, apoya tal aseveración la situación jurídico-institucional en que se encontraba por entonces La Pampa, que, por su condición de territorio, no era una entidad política autónoma sino sólo una circunscripción administrativa del estado federal, por lo que podía disponer del río como lo hizo. Cuando La Pampa adquirió el *status* de provincia en 1951, se encontró sometida a las condiciones preexistentes y no podía pretender mejores derechos que los del estado federal al que pertenecía su territorio hasta ese momento. Se configuró por lo tanto —afirma— un caso de sucesión de estados que, si bien es propio del derecho internacional público, contiene elementos que se vuelven aplicables cuando, dentro de un estado federal, se forma una provincia con territorio que hasta entonces estaba sujeto a aquella jurisdicción. Como corolario de estas consideraciones y tras citar opiniones de doctrina, concluye en que "si el río Atuel no fuera —como Mendoza entiende que es— un río exclusivamente provincial, de su exclusivo dominio y jurisdicción, las aguas que llegaran a La Pampa no podrían ser pretendidas por ésta al margen y con desconocimiento del contrato de 1941 y del principio de sucesión entre estados" (fs. 421).

Esta Corte ya definió la condición del río por lo que corresponderá el estudio de las cuestiones que plantea la Provincia de Mendoza.

36) Que no se observan, en nuestros antecedentes nacionales, precedentes que guardan analogía con la situación planteada en autos y la propia demandada ha recordado un fallo de esta Corte, el publicado en el tomo 274:169 de su colección, que como lo reconoce,

sólo se limita a reproducir la opinión de un tribunal provincial, sin que haya sido el punto objeto de su específica decisión. Sin duda, pudo haber recurrido a otros ejemplos que sí consideraron los efectos, frente a las nuevas provincias de los actos del gobierno federal (Fallos: 263:158; 264:306 y 277:133), pero, cabe advertir, respecto a una categoría de bienes –las tierras fiscales– que no guarda identidad con la que caracteriza al recurso natural de que aquí se trata.

37) Que, en efecto, al resolver el publicado en Fallos: 264:306, *in re* "Hourteloup, Andrés c/Provincia de Santa Cruz", el Tribunal sostuvo que la Provincia no podía "desconocer los derechos emanados de los actos válidos que la Nación consumó con anterioridad a la provincialización respecto de los bienes de los que *podía disponer* y con arreglo a las leyes de provincialización respectivas", y citó en apoyo de este argumento la opinión de Corwin en "The Constitution of the United States". La solución –continuaba la sentencia– "aparte de garantizar la seguridad jurídica y estabilidad de los actos concluidos ...se compadece con lo que disponen los arts. 1195, 3266 del Código Civil y normas afines". Tales afirmaciones que, en principio, acordarían fundamento a la posición mendocina, no son absolutamente aplicables al *sub lite*. En este caso, como en los otros citados, se trataba de situaciones que, como se anticipó, tenían por objeto tierras fiscales que constituyen bienes del dominio privado del Estado; en este juicio está involucrado un bien de su dominio público. Corresponde, por lo tanto, estudiar si éstos son los bienes de los que el Estado nacional, en tanto detentador del territorio, "podía disponer" como se destacaba con sustento en la opinión del citado constitucionalista norteamericano.

38) Que para ello resulta necesario precisar la condición jurídica de los territorios a la luz de los antecedentes legislativos nacionales inspirados, como se sostiene generalmente, en los norteamericanos. En efecto, el mensaje enviado el 20 de julio de 1883 por el Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de la que sería la ley 1532, advertía sobre la necesidad de dictar una ley general "si se tiene en cuenta el progreso de los territorios y la conveniencia de fomentarlos" y la evidencia de que se trataba de "zonas extensas que serán ocupadas bien pronto por una población laboriosa". En-

tendía el Poder Ejecutivo que por tal razón era imprescindible acordarles un régimen apropiado "como acertadamente se ha hecho en los Estados Unidos de América". A su vez, cuando en 1884 se debatió en la Cámara de Diputados la sanción de la ley 1532, el miembro informante, Ramón J. Cárcano, reconocía que el proyecto de territorialización se inspiraba en aquellos antecedentes y, en particular, en el espíritu de la "Ordinance for the Government of the Unites States Territory of the Northwest of the Ohio River", de 1787 y otro de sus integrantes, el diputado Nicolás A. Calvo, sostuvo que "nuestra ley fue presentada en proyecto por el diputado Cárcano, lo más igual posible a la de los Estados Unidos (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, 1884, págs. 1068, 1070). Igual opinión expresó durante la discusión en el Senado, el senador Juan L. Nougués (Diario de Sesiones del Honorable Senado, 1884, pág. 764) y los autores que se ocuparon del tema.

39) Que el diputado Cárcano, cuando describía el estado de desamparo de las vastas regiones de nuestro país para las que requería un ordenamiento institucional por medio de una ley de territorios, afirmó la necesidad de dictar normas que las organizara, "de manera que se aseguren sus intereses, para la actualidad y para el porvenir, asentando sus condiciones civiles y administrativas de conformidad al espíritu de nuestras instituciones, una ley que consagre los mismos derechos y garantías de que gozan los habitantes de las provincias de la República, que como la famosa Ordenanza Norteamericana de 1787, sea la incubadora de nuevos estados que más tarde han de incorporarse a la Unión Argentina para seguir las manifestaciones de su engrandecimiento". Cárcano sostenía que 'bajo cualquier punto de vista que se considere los territorios nacionales ya originariamente adquiridos por la conquista, o más tarde por la cesión, el gobierno tiene el derecho de administrarlos por el sistema que estime más propio y conveniente", y siguiendo a Story, recordaba que "ninguno de ellos, tiene título alguno para reclamar un gobierno individual", de manera que su administración quedaba librada a la voluntad del Congreso Nacional cuya competencia en la materia emanaba de la propia Constitución (art. 67, inc. 14). "Los Estados Unidos —continuaba Cárcano— con una disposición cons-

titucional idéntica, han hecho lo mismo que nosotros pretendemos hacer ahora" (Diario de Sesiones, pág. 1068).

40) Que las mismas opiniones reconocían que "los territorios que se organicen son la gestación de nuevas provincias que, más tarde, han de incorporarse a la vida nacional, con su autonomía y soberanía local, su gobierno propio, su constitución y leyes especiales, de manera que la forma de gobierno que hoy se adopte, debe ser apropiada para instruirlos y adiestrarlos, en el rol que con el tiempo, están llamados a desempeñar en el mecanismo de nuestras instituciones". Si carecían en el presente de entidad política —decía Cárcano— y eran dependientes del gobierno federal, "apoyados por la mano poderosa de la Nación, van a fecundar su progreso al calor del trabajo constante, hasta que el crecimiento de su prosperidad permita abandonarlos a sus propias fuerzas". El diputado Puebla, por su parte, aludía a los territorios caracterizándolos como "provincias en embrión" (Diario de Sesiones, 1884, pág. 1199).

41) Que esas expresiones, suficientemente explicativas del carácter de los territorios, encuentran ratificación en la exposición de motivos con que el Poder Ejecutivo acompañó, tiempo más tarde, el proyecto de ley elevado al Congreso con fecha 30 de septiembre de 1924. Allí se destacaba que la ley 1532 había tenido como objetivo "la evolución orgánica de los territorios" y se reconocía la necesidad de propiciar medidas que favorecieran un "procedimiento preparatorio para su transformación en provincias" (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, año 1924, pág. 920/21). Del conjunto de estas manifestaciones y de la opinión generalizada de la doctrina surge claro que el concepto de territorio supone una división administrativa de la Nación, sometida temporariamente a la jurisdicción y legislación del gobierno federal y destinada a convertirse en provincia autónoma una vez satisfechas las exigencias que la ley respectiva impone. Es de su esencia, parece evidente, la condición temporaria y su potencialidad latente para incorporarse a las unidades autónomas del régimen federal.

42) Que tales principios habían sido recogidos en la doctrina constitucional norteamericana. Para Henry Campbell Black, los territorios no son estados de la Unión, sino entidades administrativas

sujetas a la autoridad nacional y a la legislación del Congreso (Handbook of American Constitutional Law, ed. 1927, pág. 16). Corwin, a su vez, sostiene que "en los territorios el Congreso ejerce plena jurisdicción tanto nacional como local y tiene plenas facultades legislativas" (The Constitution of the United States, ed. 1953, pág. 703). Pero no son estos conceptos los que más interesan en el presente caso. Westel W. Willoughby, tras señalar que no se discute el poder absoluto del Congreso en cuanto a legislar en los territorios, agrega, en su obra sobre "The Constitutional Law of the United States": "No puede haber dudas de que era intención general al tiempo en que se dictó la Constitución que todo el territorio entonces bajo la soberanía de los Estados Unidos y no incluido dentro de los límites de alguno de los entonces several states sería posteriormente dividido e incorporado como nuevos estados a la Unión" (vol. I, Ed. 1929, pág. 413). Y los tratados que cita, como los celebrados con motivo de la cesión de Louisiana o Florida, o el suscripto con Méjico en 1848 por el que este país resignó sus derechos a la Alta California y Nuevo Méjico, contuvieron explícita o implícitamente esta convicción. Había en quienes los suscribieron —dice Willoughby— "la certeza de que los territorios así aquiridos lo eran para incorporarse como elementos integrantes de los Estados Unidos y finalmente, constituidos como estados y admitidos en la Unión "in full and equal fellowship with the original states" (pág. 403/404). Por eso puede definirlos como estados en embrión (embryo states).

43) Que estas características destacadas por Willoughby, que denotan la particular condición jurídico-institucional del territorio, fueron advertidas desde temprano por la jurisprudencia de la Corte norteamericana. En el caso que cita ese autor ("Loughborough c/Blake"; 5 Wh. 317) el juez Marshall asimiló esa condición a "state of infancy, advancing to manhood, looking forward to complete equality as soon as that state of manhood shall be attained" (un estado de minoridad, avanzando hacia la adultez en búsqueda de la igualdad absoluta tan pronto como se alcance ese desarrollo), y en otro precedente que también recoge Willoughby y cuya cita se hará frecuentemente a lo largo de esta sentencia se dijo: "Los territorios son administrados (held) con el objeto de que tan pronto como su población y aptitud lo justifiquen, sean admitidos en la Unión como

estados en el mismo plano de igualdad (equal footing) que los estados originarios en todos los sentidos" (Shively c/Bowlby 152 U.S. 1). Más adelante en O'Donoghue c/USA (289 US, 516) se reiteró el carácter temporario y al hacerse mención de la condición de los jueces territoriales se la adjudicó citando el caso de 182 US, 244, 293 a la "presumably ephemeral nature of a territorial government" (la condición presumiblemente efímera del gobierno del territorio) y se recordó que existían precedentes que calificaban a los territorios como sometidos a un régimen de tutoría ("the territorial state is one of pupilage at best"); (during the term of their pupilage as territories, they are mere dependencies of the United States (18 Wall, 317) y citando la trascendente decisión de "Pollard's Lessee c/Hagan" (3 How, 212) se destacó que tenían una condición temporaria (temporary territorial government).

En tiempos mucho más cercanos se volvió a reconocer el "status of pupilage" y se dijo que "desde su creación los territorios estaban destinados a ser admitidos como estados en la Unión", y se aludió, también, a su naturaleza transitoria (409 US 418).

44) Que dada esa particular característica de los territorios, es oportuno precisar, desde un punto de vista general, cuáles son, en principio, los poderes del Congreso federal. Estos han sido reconocidos tanto en la doctrina nacional como norteamericana como amplios y así lo sostiene la jurisprudencia. En el caso "National Bank c/Country of Yankton" (101 US 129) se dijo que el Congreso no sólo podía abrogar leyes de la legislatura local (se refiere a los casos en que existían legislaturas territoriales) sino que podía legislar por sí mismo en ese ámbito. "Puede descalificar un acto legislativo local válido o validar otro que no lo fuera", y se precisaba: "En otras palabras, tiene plena y completa autoridad sobre el territorio y todos los departamentos del gobierno territorial". Esos amplios poderes fueron reconocidos en 114 US 43; 198:383; 301:308, entre otros. En principio y salvo las excepciones que luego se señalarán, los actos realizados por la autoridad federal durante su vigencia temporal obligarán a los nuevos estados que se constituyan. Así, por ejemplo, se dijo en 247 US 30, que un estado creado sobre la base de un territorio y sobre cuyos límites físicos decidió el gobierno nacional "is bound by the previous recognition and adoption of that line by the

United States her predecessor and cannot be heard to desabow the obundary so recognized" (está ligado por el reconocimiento y adopción de la línea de frontera efectuado por los Estados Unidos, su antecesor, y no puede desconocer esos límites ya admitidos).

45) Que también ha sido objeto de consideración los alcances, en cuanto a plenitud de derechos, de la incorporación a la Unión de un nuevo estado, constituido sobre la base de un territorio preexistente. La doctrina y jurisprudencia norteamericana han sostenido que esa incorporación debe hacerse bajo la regla del "equal footing", esto es, que debe estar presidida por el principio de la igualdad. En un precedente fundamental como fue el ya citado Pollard's Lessee, resuelto hacia 1845, se destacó que el estado de Alabama ingresaba a la Unión en un plano de igualdad con los estados ya constituidos y el principio se reiteró en numerosas oportunidades. A medida que las complejidades de la conformación institucional del país aumentaba, la Corte delineó con mayor rigor el concepto. En el caso de 339 US 706, se dijo: "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". Y más adelante, se refería a las condiciones que han creado gran diversidad en los aspectos económicos de los estados. El requerimiento de la igualdad —se dijo— no se elaboró para borrar estas diversidades sino para establecer una paridad en el plano político y de la soberanía.

Esta regla, como vemos, no asegura la igualdad económica. Pero las excepciones a sus principios deben ser claras e inequívocas (363 US 142; 410 US 702) toda vez que es "esencial al armonioso funcionamiento del sistema sobre cuya base se organizó la República" (221 US 559). Autores como Willoughby y Campbell Black coinciden con este criterio.

46) Que estas precisiones procuran determinar si el alcance de las prerrogativas conferidas al gobierno federal le autorizó, en el caso que nos ocupa, a disponer por medio del convenio celebrado con Mendoza sobre la base de la ley 12.650, de un recurso natural incorporado entonces a su dominio público y si, como consecuencia de ello, ese acto que autorizó el aprovechamiento de las aguas del río Atuel, es oponible a la Provincia de La Pampa, su sucesora desde

1951. Se trata, en suma, de apreciar si el ejercicio de esa autoridad admite restricciones inspiradas en la necesidad de atender a los objetivos mismos que justificaron la creación de los territorios, esto es, el desarrollo institucional y económico de esas regiones sometidas temporariamente a su jurisdicción, y según el elocuente lenguaje de la Corte norteamericana a un estado "described as one of pupilage at best" (409 US 418). Para ello, resulta indispensable el estudio de los antecedentes que registra la jurisprudencia de este Tribunal.

47) Que por medio de la vasta labor jurisprudencial, la Corte norteamericana fue resolviendo los problemas que suscitó la sucesiva incorporación a la Unión de nuevos estados. Entre ellos, ocupó un papel preponderante el que planteaba la oponibilidad, frente a esos estados recién constituidos, de los actos emanados del gobierno federal durante el período de su administración o, incluso, anteriores a la adquisición del territorio y llevados a cabo por las autoridades que por entonces detentaban la soberanía (por ejemplo en el caso de los territorios sometidos a la autoridad española o mejicana). Desde luego, debemos recordar que los poderes del gobierno federal eran prácticamente irrestrictos en tanto se admitía que los territorios eran meras dependencias administrativas, pero también que su autoridad era temporaria, destinada, como la doctrina norteamericana y nacional lo reconocía, a preparar el camino para que esas regiones, alcanzando un grado específico de desarrollo, pasaran a constituir unidades políticas definidas y autónomas en el contexto de las respectivas organizaciones constitucionales.

48) Que, en ese sentido, no ofrecen dificultad aquellos actos que obedecen a los fines perseguidos para lograr ese objetivo último. Por ejemplo, la colonización que favorecía el asentamiento de núcleos poblacionales para impulsar las fuerzas productivas hasta entonces desaprovechadas (las "waste and unappropiated lands" que mencionaba el Juez Mc Kinley en Pollard) supuso la libre disposición de las llamadas "public lands" y no se han objetado los actos llevados a cabo sobre ellas por el gobierno federal que conservó importantes extensiones en los nuevos estados. Esas tierras, pertenecientes al estado federal, fueron definidas por la jurisprudencia como aquellas "habitually used in our legislation to describe such as are subject to sale or other disposal under general laws" (las que según la legis-

lación están sujetas a venta u otro acto de disposición por las leyes generales). Esta caracterización expuesta en US 153:284 y reiterada en otros casos, coincide con la que nuestro Código Civil hace de las llamadas tierras fiscales y que integran el dominio privado del Estado (art. 2342, inc. 1º).

Ahora bien, si respecto a estos bienes ninguna duda se suscitó acerca de la competencia del gobierno federal, distinta fue la situación en lo atinente a otros como las playas y los hechos de los ríos navegables, que merecieron un tratamiento distinto a partir de pronunciamientos tan importantes como los de los casos "Martin et al c/Waddell" y especialmente: "Pollard's Lessee c/Hagan et al", resueltos en los años 1842 y 1845, respectivamente. Pero para la mejor comprensión del tema, es conveniente una ligera referencia al régimen del common law inglés y la recepción que merecieron sus principios en los Estados Unidos.

El sistema legal del common law, prevalentemente en Inglaterra, otorgó a la Corona la propiedad de los cauces de los ríos navegables, a los que definió como tales sobre la base de una peculiar concepción, pero sujeta al derecho de uso y goce público para fines, entre otros, de navegación o pesca. Ese dominio puede ser objeto de concesión, pero ésta no debe afectar el uso público. Respecto de los ríos no navegables, la solución era distinta, toda vez que el derecho del propietario ribereño prevalecía y el cauce seguía al dominio sobre los fundos.

49) Que estos principios no fueron unánimemente receptados en los Estados Unidos. La reserva legislativa en favor de los estados, hizo que se presentaran soluciones dispares; unas, más ceñidas al concepto del common law, mayoritarias en los estados del Este, históricamente más antiguos apegados a una visión más tradicional; otras, las de los estados del Oeste, que se orientaron hacia concepciones más apropiadas a los fines de la colonización. Muchos estados se reservaron el dominio de las playas y los lechos de los ríos navegables y se refieren a casos suscitados en este contexto los antecedentes jurisprudenciales que se citarán en lo sucesivo. En todos los supuestos, los conflictos versaron sobre los lechos o cauces, esto es, los que se señalan como "soils under high water marks", o "tidal

lands", definición que coincide con nuestro concepto de cauce o alveo del río que involucra las tierras hasta donde llegan las más altas aguas en sus crecidas ordinarias. En nuestra legislación, estos bienes forman parte del dominio público (art. 2340, inc. 3º, Código Civil).

50) Que en el año 1845, la Corte debió resolver el caso "Pollard's Lessee c/Hagan et al". Se trataba allí de las facultades de la autoridad federal a quien dos estados originarios, los de Virginia y Georgia, le habían cedido tierras con el propósito de estimular su desarrollo y en interés común de todos los integrantes de la Unión. Aquí aparecía evidente que el poder federal estaba limitado por su propia condición y la Corte puntualizó que sólo se le había conferido "for temporary purposes and to execute the trust created by the acts of the Virginia and Georgia legislatures and the deeds of cessión executed by them to the United States" (para fines temporarios y para ejecutar el fideicomiso creado por las actas de las legislaturas de Virginia y Georgia y la cesión llevada a cabo por ellas a los Estados Unidos, ver US Howard's Report 3, pág. 221). El estado de Alabama, sostenía el Tribunal, creado sobre la base de esos territorios, era sucesor de los derechos de los estados originarios, entre ellos los que se referían a las costas y los lechos de las aguas navegables, y ejercía los mismos atributos de soberanía que aquéllos. En cambio, los actos de disposición que tuvieron por objeto las "public lands" (tierras fiscales, en nuestro concepto jurídico) eran válidos toda vez que, sin duda, cumplían con los objetivos perseguidos al cederse los territorios para su colonización y ulterior incorporación a la Unión. De tal manera, cuando Alabama fue admitida en la Unión, "on equal footing with the original states" (en un pie de igualdad con los estados originarios), accedió a "todos los derechos de soberanía, jurisdicción y dominio eminente que Georgia poseía a la fecha de la cesión, excepto en la medida en que este derecho fuera disminuido por las tierras fiscales que permanecían aún bajo la posesión y control de los Estados Unidos para los fines temporarios previstos en el acta de cesión" (pág. 223).

El caso Pollard, aunque condicionado en sus alcances por sus circunstancias particulares, indica que ninguna objeción cabía al ejer-

cicio de la autoridad en tanto se orientara al cumplimiento del mandato conferido, en ese caso, por estados preexistentes.

51) Que este pronunciamiento fue influido por el voto del juez Taney en la causa "Martin et al c/Waddell", fallada en enero de 1842 (Pet's XVI, pág. 367/434), donde tras estudiar los antecedentes históricos ingleses y el dominio de la Corona sobre las aguas navegables y sus lechos, se destacó 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. Ese dominio de la Corona —había dicho Taney— era ejercido en interés de la comunidad (abierto al uso común) y admitía las concesiones reales que, empero, requerían una explícita manifestación por lo que no cabía presumirlas (pág. 411). Sobre esas bases, el juez Mc Kinley pudo decir en Pollard (pág. 229) que al nuevo estado de Alabama "belong the navigable waters and soils under them, in controversy in this case, subject to the rights surrendered by the Constitution to the United States" (le pertenecen las aguas navegables y sus lechos aquí en litigio, sujeto a los derechos otorgados en la Constitución al gobierno federal). Las aguas navegables se destacaba, asimismo, eran "public highways" (caminos públicos).

52) Que esta doctrina fue objeto de revisión en oportunidad de fallarse otro importante caso, el de Shively c/Bowlby, en 1983 (152-US 1/58), bien que en circunstancias distintas, toda vez que se trataba de bienes ubicados en el estado de Oregón, constituido sobre la base del territorio del mismo nombre y donde la autoridad federal no sufrió los condicionamientos expuestos en Pollard, es decir, no mediaba soberanía estatal preexistente; por ello en lugar de invocar los alcances de la cesión se hizo mérito de la regla del "equal footing" (pág. 26). El juez Gray que estudió el caso, tras una minuciosa revisión de numerosos precedentes que reiteraban, en términos generales, los principios de Pollard, declaró que no obstante, el concepto de que la autoridad federal carecía de poder para efectuar concesiones de tierras bajo la línea de alta marea de las aguas navegables (high water mark) no era absolutamente verdadero (is not strictly true, pág. 47). Para formular esta afirmación recordó la opi-

nión vertida en "Goodtitle c/Kibbe" (US 9 How; 477/78), donde la potestad del estado federal para otorgar una concesión sobre tierras de aquella naturaleza fue reconocida porque había sido anterior a la constitución del nuevo estado.

53) Que el voto recordado destacó que los Estados Unidos tenían sobre los territorios, y en tanto permanecieran en esa condición, toda la autoridad en el plano local y federal y en su ejercicio podían "make grants of lands below high water marks of navigable waters in any territory of the United States, whenever it becomes necessary to do so in orden to perform international obligations, or to effect the improvement of such lands for the promotion and convenience of commerce with foreign nations and among the several states, or *to carry out other public purposes appropiate to the objects for wich the United States hold the territory* (hacer concesiones de tierras ubicadas bajo la línea de la alta marea, esto es el lecho o cauce del río, de las aguas navegables en cualquiera de los territorios de la Unión, donde fuera necesario para satisfacer deberes de carácter internacional, efectuar la mejora de esas tierras para el desarrollo del comercio internacional e interestatal o *llevar a cabo otros propósitos de interés público apropiados para el objeto para cuyo cumplimiento los Estados Unidos administraban el territorio*, pág. 48). Sólo en atención a estos fines se justificaba una concesión, porque tales tierras, por ejemplo los lechos de los ríos, no son aptos para la explotación agraria. Son sí de gran valor para el uso público destinadas al comercio, la navegación o la pesca. Su explotación por particulares sólo se permite de manera incidental o subordinada al uso público. Por lo tanto, el título y el control de estas tierras es conferido a la autoridad para el beneficio de toda la comunidad (for the benefit of the whole people, pág. 57). Pero las concesiones deben ser expresas y no inferirse de una ley de carácter general.

Como se advierte, el fallo distingue la naturaleza de las tierras. Opone las existentes bajo las aguas navegables a las "public lands" (tierras fiscales) toda vez que, respecto a éstas no existen semejantes restricciones pues, como ya se señaló, son aquéllas "habitually used in our legislation to describe such as are subject to sale or other disposal under general laws" (las que según la legislación están sujetas a venta u otro acto de disposición por las leyes generales).

54) Que poco tiempo antes, en 1891, la Corte había reiterado que los estados ejercían el dominio sobre los suelos cubiertos por las "tide waters" siguiendo así los principios del common law inglés, aunque admitía que debían respetarse los derechos de propiedad que el gobierno mejicano, anterior dueño de las tierras de California, había concedido como consecuencia de la aplicación del Tratado de Guadalupe Hidalgo y que, aun de no existir previsión alguna en ese contrato, cabía acatar como consecuencia de los principios del derecho internacional (142 US 183/84). En el mismo año en que decidió el caso Shively, efectuó en "Mann c/Tacoma Land Company" nuevas precisiones. Así dijo que el derecho de los estados a las "tide lands" (tierras cubiertas por las mareas) había sido consagrado repetidas veces por el Tribunal y que, en alguno de los primeros pronunciamientos sobre el tema, se había avanzado tanto en esa afirmación que se le habían negado facultades al gobierno federal aun en el período de su administración territorial. Sobre esa base, se reprodujo el criterio del caso Shively y se hicieron otras consideraciones interesantes: 1) nunca el Congreso dispuso de estas tierras por medio de una ley general sino que fue necesario dictar normas expresas para otorgar cualquier concesión; 2) en cambio, la legislación general resulta aplicable a las tierras fiscales sujetas a venta u otro acto de disposición.

55) Que en 1905, la sentencia del caso "United States c/Winans" (198 US, 371) volvió a plantear el tema. Se discutía el derecho de una tribu india a pescar en un río navegable concedido por un tratado, cuestionado por quienes invocaban un título posterior otorgado por el estado de Washington. El Tribunal se fundó, de manera substancial, en lo resuelto en Shively c/Bowlby y afirmó que los Estados Unidos tenían el poder necesario para crear o conceder derechos apropiados al objeto por el que administraban el territorio y que, en el caso "the extinguishment of the Indian title, opening the land for settlement and preparing the way for future states *were apropiated to the objects for which the United States held the territory*" (la extinción del título de los indios y la apertura de las tieras a la colonización y la preparación del camino para los futuros estados eran medios apropiados a los fines por los que Estados Unidos administraba el territorio). Por su parte, en 227 US 229, se repitió que el

dominio de los lechos de los ríos navegables pertenece a los estados sujeto sólo al control del Congreso federal.

56) Que en la década de 1920 dos nuevos pronunciamientos ratificaron los principios de Shively. En "Brewer Elliot Oil and Gas c/United States" se tuvo en consideración que la concesión cuestionada parecía "a public purpose appropiated to the objects for which the United States held the territory" (un propósito apropiado al objeto por el que los Estados Unidos administran el territorio). En términos parecidos se expidió el Tribunal en "United States c/Holt State Bank" (270 US 49), aunque cabe señalar que sostuvo que los lechos de las aguas navegables eran detentados por el gobierno federal durante su administración *"for the ultimate benefit of future states and so has refrained from making any disposal thereof, save in exceptional circunstances" (para el beneficio de los futuros estados y para cumplir tal objetivo se había abstenido de llevar a cabo actos de disposición salvo en circunstancias excepcionales"* (270 US 49). Términos más o menos similares, se reprodujeron en los casos de 295 US 1 y 296 US 9 y en el litigio, resuelto en 1969, entre la "Choctaw Nation", y el estado de Oklahoma donde se recordó la doctrina de Brewer Elliot y United States c/Holt. Por último, en el caso "Montana c/United States" (450 US 540, reseñado en Lawyer's Edition 67 2nd. 493) se dijo que el dominio de los estados sobre los lechos de los ríos navegables está sujeto a la sola limitación de la autoridad del Congreso ejercida para asegurar la libre navegación. También que la autoridad federal puede disponer sobre las tierras que constituyen el lecho de un río navegable y de esa manera restringir los títulos de un nuevo estado, si debe atender a obligaciones internacionales, la promoción del comercio internacional o interestadual o llevar a cabo otros de los propósitos para cuyo cumplimiento los Estados Unidos administraban el territorio. Se reiteraba así, en fecha reciente, una doctrina consolidada a lo largo de casi un siglo.

57) Que de esta extensa reseña pueden extraerse algunas conclusiones que se estiman conducentes: 1) que 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, como los recursos naturales afectados al uso y goce público, y por tanto asimilable a nuestros bienes en derecho privado, con relación a los cuales sólo es reconocido si se lo ejerce para satisfacer los fines tenidos en vista para la creación del territorio y si surge de una clara e inequívoca manifestación de voluntad, y 5) que, salvo esta última circunstancia, los nuevos estados acceden con plenitud al dominio de los bienes existentes en su territorio.

58) Que, por lo expuesto, cabe afirmar que la experiencia histórica de los Estados Unidos revela que las amplias atribuciones del legislador nacional le permitieron disponer, para el cumplimiento de los propósitos de colonización y desarrollo de los territorios, de las tierras afectadas a ese fin. Por tal razón, las fiscales pudieron ser cedidas, sin restricción alguna a los particulares o continuar afectadas por el gobierno federal aún después de la constitución de los nuevos estados para cumplir con esos objetivos (por ejemplo: constituir reservas indígenes o ecológicas). En cambio, bienes como los lechos de los ríos navegables, considerados vías de comunicación públicas (public highways) y, por lo tanto, afectados al uso y goce general, sólo podían ser objeto de disposición o concesión si contemplaban el interés del futuro estado, sometido, por entonces, a la dependencia de la autoridad nacional. Esto resultaba compatible con el carácter de su administración temporaria, ejercida, como invariablemente lo sostuvo la jurisprudencia, "in trust for the future states" (152 US, 1 y otros) y la naturaleza de ciertos recursos naturales que presentan las características que, en nuestro régimen legal, definen a los bienes del dominio público.

59) Que resta entonces resolver si la disposición de las aguas del río Atuel, bien del dominio público, condición a la que no empece su carácter de río no navegable, efectuada por el gobierno nacional en su carácter de titular entonces de ese dominio, a tenor de tales antecedentes, es oponible a La Pampa como lo afirma Mendoza. Es decir, es necesario comprobar si esa disposición atendió a los fines que justificaron la creación del territorio y que la legislación del gobierno federal debió contemplar (art. 67, inc. 14, de la Cons-

titución), tal como se puso de manifiesto en el debate parlamentario citado en los considerandos 33, 34 y 35 y lo sostuvo la más autorizada doctrina y si se evidenció a través de la inequívoca manifestación de voluntad que exigía la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Va de suyo que esa postura de la demandada no se concilia con otra, también expuesta en su contestación de demanda, por la que adjudica al gobierno de la Nación la decisión política de desarrollar el sur mendocino, toda vez que si bien ese propósito resultaría inobjetable en el marco del art. 67, inc. 16, de la Constitución, no se ve cómo podría inhibir el reclamo de la parte actora.

60) Que de modo alguno avalan aquella interpretación de la parte demandada los antecedentes parlamentarios de la ley 12.650, ni los términos del convenio suscripto entre el gobierno federal y Mendoza, habida cuenta, como se verá más adelante, de que no contienen, unos y otros, referencia al carácter interjurisdiccional del río ni expresión, siquiera relativamente explícita, de que el gobierno nacional disponía, por intermedio de esos actos, de un bien afectado, en ese entonces, a su dominio público.

Esa autoridad, por lo demás, debía concurrir, como lo destaca el diputado Cárcano, a estimular el progreso y el crecimiento de la prosperidad de esas regiones, único medio —cabría agregar— "de que se aseguren sus intereses para la actualidad y para el porvenir" actitud, por cierto, compatible con la incuestionada doctrina de la Corte norteamericana de que la autoridad territorial es ejercida, como se dijo, "in trust for the future states" (considerandos 34, 35 y 53 de esta sentencia). Inferir de tales antecedentes, de particular relevancia para la decisión del tema, una voluntad del gobierno federal como la que pretende la demandada, que debió ser categóricamente expuesta, resulta inaceptable.

61) Que los considerandos precedentes han recogido y estudiado extensamente la cuestión planteada por la demandada acerca de los efectos del recordado convenio que celebró con el gobierno federal, y a la que acordaba singular gravitación en el supuesto de reconocerse, como se ha decidido, la interprovincialidad del río.

Pero es del caso indagar si hay entre los antecedentes vinculados con el tema, y a los que se hizo referencia sumaria en el considerando anterior, elementos que avalen esa interpretación.

62) Que ni los fundamentos del proyecto de ley presentado por el senador mendocino Gilberto Suárez Lago, ni las manifestaciones vertidas por el mencionado legislador y su par, Héctor González Iramain, en las sesiones parlamentarias correspondientes, hacen suponer el reconocimiento, siquiera implícito, de que el río Atuel fuera interprovincial o de que al legislar sobre el tema se comprometían eventuales derechos del entonces territorio de La Pampa, sometido a la jurisdicción del Estado nacional. La iniciativa de Suárez Lago hace mérito de las ventajas que significarán para Mendoza las obras propuestas, toda vez que el río Atuel sirve en esa Provincia "extensas y feraces zonas vitícolas, frutícolas y hortícolas en los departamentos de San Rafael y General Alvear" (Congreso de la Nación, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1939, T. 1, pág. 194/195). Las obras, insiste luego González Iramain, están previstas para servir "una necesidad, con un llamado angustioso" de la Provincia cuyana originada en la circunstancia de que el río Atuel "riega, ahora, deficientemente 70.000 hectáreas de esos departamentos de San Rafael y General Alvear, cuando están empadronados con derecho a riego en esa región 132.000 hectáreas en posibilidad y en necesidad de recibirlo. Para salvar esa deficiencia los departamentos de irrigación de la Nación y de la provincia de Mendoza han estudiado este proyecto y gestionan la realización de estas obras desde el año 1907" (pág. 197).

63) Que por su parte, el diputado Palero Infante, quien informó en la Cámara de Diputados, hizo referencias "al esfuerzo de los hijos de Mendoza", que ha traído esta Provincia una "grandeza y una pujanza económica extraordinaria" que atribuía al uso del agua de sus ríos, entre los que se encuentran —según sostiene— el Atuel y el Diamante que riegan los departamentos de San Rafael y General Alvear. Todo ese esfuerzo —decía Palero Infante— era obra de los habitantes de la Provincia, por lo que consideraba "de justicia que la Nación se preocupe de contribuir a salvar la situación difícil que actualmente sufre la región mencionada" (Con-

greso de la Nación, Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, año 1940, IV, pág. 583).

64) Que estas manifestaciones, como las restantes intervenciones suscitadas durante el breve debate que originó la discusión del proyecto, omiten toda referencia a la interprovincialidad del río que, por el contrario, resulta implícita, pero claramente considerado como mendocino y no son distintas las conclusiones que arrojan el estudio de la ley 12.650 y el convenio suscripto, como consecuencia, entre Mendoza y el gobierno federal el 17 de junio de 1941. Este convenio (ver 1er. cuerpo, fs. 129/135), celebrado *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional y la legislatura provincial da como destino de las obras "el aprovechamiento en primer término de los derechos empadronados en el Atuel, en la medida de lo posible (art. 2º). Por su parte, el art. 3º definía las características de las obras y por el art. 8º el gobierno federal se obligaba a entregar en las tomas de la presa la cantidad de agua necesaria a los cultivos en las épocas oportunas, de acuerdo a las disponibilidades de agua en el embalse. A fs. 136 y a fs. 243 obran copias de la ley 1427 de la Provincia y del decreto 106004/3146 del Poder Ejecutivo Nacional que aprueban el convenio. Este último texto hace referencia en sus considerandos a la finalidad de las obras ("mejorar las condiciones de los importantes regadíos del río Atuel, con 70.000 ha actualmente regadas y 131.000 empadronadas con derecho a riego"). Conviene acotar, habida cuenta de lo expresado por Mendoza en su alegato, que no existe compromiso expreso del Estado nacional de "asegurar el riego de las referidas 132.636 ha".

65) Que estos antecedentes indican que tanto las autoridades nacionales como las provinciales y, en particular, los integrantes del Poder Legislativo Nacional que intervinieron en la preparación y discusión de la que sería la ley 12.650, para nada contemplaron la hipótesis de que el río Atuel conformara un recurso compartido entre la Provincia de Mendoza y el gobierno federal autoridad por entonces en el territorio de La Pampa. En esas intervenciones, como en los textos legales y administrativos atinentes, consideraron al río como interior de la Provincia demandada y la participación del gobierno federal resultó, en todo caso, encuadrada en el marco de

las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución, más que derivada del ejercicio de las que le confería la legislación sancionada sobre la base del inc. 14 de esa cláusula constitucional.

III

66) Que como ya se resolvió en la parte I de esta decisión, la determinación de los derechos relativos de las provincias contendientes respecto del uso de aguas que las 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 (conf. 282 US 660). Los conflictos interprovinciales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 de la Constitución —tal como se ha señalado—, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. Debe por ello desecharse la aplicación al presente caso de disposiciones de derecho privado como son, por ejemplo, el instituto posesorio y sus acciones y los arts. 2645 y 2646 del Código Civil, que invoca, entre normas, la Provincia de La Pampa para fundar su pretensión.

67) Que es sabido que en nuestra legislación, los ríos, sean navegables o no, forman parte del dominio público, nacional o provincial (art. 2340, inc. 3º, del Código Civil) y que, por tal condición, se encuentran sometidos a él y fuera del ámbito del definido como privado. Por consiguiente, las restricciones a ese dominio, carácter que claramente corresponde acordar a las previstas en el art. 2646, dada su ubicación sistemática en el título VI del libro III de aquel cuerpo legal, parecen enteramente inaplicables al caso de autos. En efecto, no sólo cabría señalar que la nota al art. 2611 afirma el pensamiento del codificador en el sentido de que el "único objeto de ese título son las restricciones al dominio privado en mira a salvar otros derechos de las propiedades contiguas", sino porque aquellas que ostentan tal carácter, pero sólo "en el interés público", son también excluidas del Código Civil y regidas, como lo dice el art. 2611 recor-

dado, por el derecho administrativo. Si aún estas últimas restricciones son ajenas al derecho civil, es indudable que pretender aplicar las que éste consagra a bienes del dominio público para decidir un conflicto interprovincial en materia de aprovechamiento y regulación de aguas, no es admisible.

68) Que igualmente improcedente es la aplicación de la acción turbatoria de la posesión. Este instituto parece inconciliable con las cosas que forman parte del dominio público del Estado y que, por consiguiente, están fuera del comercio (art. 2400 del Código Civil) y tal principio no resulta invalidado aún en el supuesto de admitirse defensas posesorias derivadas de relaciones nacidas del ejercicio de derechos reales administrativos como la concesión y el permiso y así lo ha establecido esta Corte en antiguos pronunciamientos (Fallos: 141:307; 146:363; 181:111). Por lo demás, gravitan en favor de tal opinión las modalidades que caracterizan a esta controversia entre personas de derecho público en el marco del art. 109 de la Constitución Nacional.

Pero la inaplicabilidad de tales normas no es óbice para que se resuelva el caso a la luz de otros principios invocados por la Provincia de La Pampa, aunque cabe advertir desde ya que interesarán de manera subsidiaria toda vez que su solución discurrirá por los caminos por los que encauzó su demanda, tal como se enunciará más adelante. Pero, previamente, son oportunas otras consideraciones a las que esta Corte asigna relevancia.

IV

69) Que resulta importante, en criterio del Tribunal, una breve referencia histórica vinculada a los procesos de colonización cumplidos a partir de las últimas décadas del siglo pasado en la parte noroeste de La Pampa y la región del sur mendocino. Esta descripción no descuidará, desde luego, la reconocida gravitación que los usos del agua del Atuel pueda haber tenido en el desarrollo, a todas luces desigual, de estas áreas de las respectivas provincias.

El llamado "Estudios de investigación histórica de la cuenca del río Atuel", elaborado por el Dr. Horacio Difrieri y que la parte actora acompañó con la demanda, trae abundantes referencias a los sucesivos intentos de relevamientos, registros catastrales y empresas de colonización, por lo que constituye un material apropiado para los fines perseguidos.

7º) Que a fs. 141 de ese informe, el Dr. Difrieri hace alusión a la primera diligencia de mensura efectuada en la zona, que realizó hacia fines de 1884 el agrimensor Félix Dabadie sobre un campo ubicado parte en la Provincia de Mendoza y parte en el entonces territorio de La Pampa, propiedad de Diego de Alvear, con una superficie de 509 leguas cuadradas de 2700 ha. la legua. Para entonces, Dabadie pudo verificar la existencia de pobladores dedicados a la ganadería (fs. 144).

Poco tiempo después y concretamente en San Rafael, Mendoza, el geógrafo Corvetti que visitó esa zona proveniente de la ciudad de Mendoza, comprobó el desarrollo de la colonización y la existencia de cultivos. Según expresa, "el desarrollo del cultivo traerá el desenvolvimiento" de la región y ya la ley de colonización del 13 de abril de 1875 preveía "la construcción de canales de riego en las colonias que mandaba formar en el Sur. Pero recién por ley del 25 de noviembre de 1880 se encaró seriamente el problema y se dispuso la construcción de la obra, que tenía por objeto formar una zona de cultivos alrededor de la villa nueva de San Rafael". Por decreto del 27 de julio de 1882 se licitó la obra y el 2 de marzo de 1883 —cita Difrieri— se aprobó el contrato. En 1882, el gobierno de Mendoza crea subdelegaciones de agua en San Rafael y Tunuyán y dos años más tarde se concede el primer derecho de aguas del Diamante.

Hacia 1885 la memoria preparada por la Provincia cuyana para la exposición interprovincial a celebrarse ese año, informa que en San Rafael existen 10.222 ha. de terrenos cultivados y en 1890 se prevé en esa zona un loteo de 120 km cuadrados cuya cabecera sería un pueblo denominado Villa Felicia (Difrieri, fs. 244 y 245). El informe del ingeniero Carlos Wauters, aunque crítico acerca del

manejo del recurso, ilustra sobre el desarrollo de San Rafael (fs. 246/253). En 1921, se organiza una subdivisión de tierras en San Pedro del Atuel (Carmensa).

71) Que son igualmente ilustrativos los cuadros que acompana el certificado mencionado a fs. 284/286. En ellos, se puede comprobar que de 1427 ha. cultivadas en San Rafael en 1884, se pasa a 13.030 en 1888, a 16.196 en 1895 y 27.600 en 1908. En 1885, las irrigadas con agua del Atuel suman 10.222 ha. Para 1929, los cultivos llegan ya a 70.000 ha.

Estos datos, o algunos de ellos, son ratificados en el "resumen explicativo" de la Comisión de Estudios Hidráulicos de los Ríos Atuel y Salado, del año 1932, elaborado por el Ing. Tapper. Allí se indica que "de unas pocas miles de hectáreas habidas en 1907, se ha pasado a decenas con tanta rapidez que en el año 1930 ya se había llegado a unas 70.000. Para Tapper se había alcanzado el máximo de aprovechamiento por lo que se aconseja una "científica y racional distribución" (fs. 258/261).

Que el informe del perito en historia, Dr. Combetto, ratifica los datos apuntados por Difrieri y agrega otros. Para 1913, afirma, había empadronadas 97.424 ha. en San Rafael y destaca que en 1903 esta ciudad queda vinculada a la red general de ferrocarriles" (fs. 70, cuerpo XXXIII, ver también fs. 96 cuerpo XIII). Parecían cumplirse así las predicciones del general Roca, que otorgaba al departamento de San Rafael gran importancia futura. El Atuel y el Diamante, decía Roca en 1876, "están esperando que venga la mano del hombre a sacar canales de sus flancos, para fecundar cientos de miles de cuadros que se pueden cubrir de viñedos" (fs. 68, cuerpo citado).

Por último, en sus conclusiones Difrieri destaca que "las aguas del Atuel son utilizadas desde fines del siglo pasado para la irrigación en la zona de San Rafael y, más tarde, de General Alvear", que en el año 1924 existen "varias colonias con cultivos sistemáticos que abarcan gran extensión" y que ya con anterioridad a 1948, cuando comenzó a funcionar el sistema de diques, las sangrías eran tan caudalosas que se había alcanzado "el punto crítico señalado *ad nauseam* por los técnicos". También informa Difrieri que las explotaciones

agrícolas eran, en 1947, 2020 en General Alvear y 5559 en San Rafael y, en 1974, alcanzaban a 3400 y 7338, respectivamente (fs. 280). El mismo autor da para 1973/74 una superficie efectivamente irrigada de 105.732 ha. sin distinguir si lo son con las aguas del Atuel o del Diamante.

A su vez, el peritaje económico reproduce las cifras del censo de población de 1980. Ellas atribuyen a los departamentos de San Rafael y General Alvear un total de 186.805 habitantes, de los que, según la demandada, alrededor de 100.000 se ubican en el área dependiente del Atuel (ver fs. 395). En cambio, en los de Chalileo y Chicalcó, en La Pampa, hay 3.024 habitantes (peritaje económico, cuerpo XXXVI, fs. 46).

Que mientras este proceso de colonización y desarrollo regional se producía en el territorio mendocino, la situación en el noroeste de La Pampa no presentaba iguales características.

El gobierno de la Nación, administrador de los vastos territorios incorporados como consecuencia de la conquista del desierto y entre ellos, el que sería antecesor de la actual Provincia de La Pampa, debió legislar para organizar esas tierras. La ley 1532, ya citada en esta sentencia, organizó administrativamente a los territorios y leyes como la 4167 del 8 de enero de 1903 procuraron el fraccionamiento y uso de las tierras fiscales. Precisamente, con este propósito se dispone la creación, en 1908, de una colonia agrícola en La Pampa que sería la denominada Butaló.

72) Que esa colonia, cuyos antecedentes y evolución describe el perito Combetto (pregunta LP 97, cuerpo XXXIII), estaba destinada a labores agrícolas y "emplazada en la zona árida pampeana", dependía del agua subterránea o la proveniente del Atuel (fs. 31, cuerpo citado). En 1910, el administrador de la colonia destacaba su ubicación, distante unas cuarenta leguas al oeste de la estación Telén, punta de rieles del ferrocarril a Bragado, y cuatro leguas del entonces "paraje denominado Santa Isabel, muy próximo al río Atuel". Sus expectativas no son muy alentadoras: situada lejos de centros de población y de estaciones ferroviarias, sus productos soportarán pesados fletes que encarecerán sus costos y provocarán "precios suma-

mente exagerados y por consiguiente imposibles de obtener" (fs. 32). Además, era indispensable la instalación de líneas férreas (recordemos que, en 1903, el ferrocarril había llegado a San Rafael).

El administrador, Santiago F. Vacca, llevó adelante un censo que comprobó que todos los lotes tenían un concesionario, salvo unos pocos, que "sólo se encuentran ocupados por intrusos cuatro lotes dedicados a la ganadería" y que el resto "permanece baldío". Un único lote tenía vestigios de siembra de maíz en una superficie de media hectárea (fs. 35). En 1911, un nuevo informe reitera las dificultades de la colonia (fs. 35/37).

73) Que esas perspectivas no mejoran en informes posteriores. En 1913 se destacan los pocos adelantos: la sequía y las difíciles comunicaciones crean graves dificultades. Estas últimas son una barrera insalvable para el productor y se reitera la necesidad de que llegue el ferrocarril; en 1915 el inspector informa que no ha encontrado "un solo concesionario, vecino o intruso que no esté perfectamente de acuerdo con manifestar que son peregrinas, antojadizas e ininteligibles las opiniones que en sentido favorable pueden hacerse referente a la aptitud de estas tierras". La mitad de la colonia se ve inundada —agrega— por "los continuos desbordamientos del río Atuel y del arroyo Butaló" (fs. 40). A ello se une la escasa calidad de las pasturas naturales y la condición salobre de aquellas aguas.

74) Que para 1920, cuando ya se aludía a desvíos del curso, la colonia "se encuentra casi en su totalidad baldía" (fs. 42). Difrieri también cita este informe que señala que el Atuel sufre derrames "por los embalses continuos que efectúan en la Provincia vecina" (Mendoza). La Comisión de la Inspección General de Tierras que realizó la inspección considera oportuna la celebración de convenios entre el gobierno nacional y Mendoza para aprovechar el riego y aconseja "la creación de un pueblo en el paraje de Santa Isabel donde hay bastante población diseminada en puestos pastoriles con pequeños cultivos de consumo local (fs. 182). Para ese entonces, la superficie cultivada con riego del Atuel, en Mendoza, alcanzaba a 48.625 ha. (fs. 188).

Por último, cabe señalar que en 1934, como consecuencia de desvíos del curso de agua que motivan la protesta de algunos veci-

nos, la Dirección Nacional de Irrigación que "no tiene ningún antecedente sobre el aprovechamiento de agua para riego en el territorio de La Pampa", considera oportuna la propuesta de levantar un censo de usuarios. Las comisarías de Algarrobo del Aguila y Santa Isabel son las encargadas de efectuarlo; la primera sólo registra a Fidel Páez y Marcelino Zúniga "únicos posesionarios de tierras"; la segunda, a Sisto Pereyra, Eleno Casenave y Aníbal del Río.

75) Que estos antecedentes, reveladores de la temprana existencia de un polo de desarrollo en el sur mendocino, fruto de una política decidida de colonización por parte del gobierno provincial y al que contribuyó, asimismo, el gobierno nacional, muestran un marcado contraste con la situación del noroeste pampeano, donde sólo el frustrado intento de la colonia Butaló parece indicar alguna preocupación de las autoridades federales para lograr la incentivación económica. Mientras los planes de expansión en San Rafael ocupan ya en las postrimerías del siglo pasado al gobierno mendocino y el ferrocarril llega en 1903 a la región (en 1908, 27.600 hectáreas están bajo cultivo según Difrieri), recién hacia 1909 culminan las tareas preparatorias de la puesta en marcha de Butaló, cuyas inmediatas dificultades, provenientes no sólo de los usos del agua del Atuel en Mendoza, ya hemos destacado.

76) Que este testimonio de los destinos desiguales de una y otra región, que tantos otros ejemplos ilustran en sus consecuencias no deseadas, exige una valoración objetiva que prescinda de todo juicio crítico toda vez que, en definitiva, la garantía constitucional de la igualdad entre los estados que forman una federación, no importa la igualdad económica (339 US 706) e influirá al momento de pronunciarse sobre la gravitación de los usos preexistentes, tema que, por su trascendencia, ha justificado estas preferencias históricas.

V

77) Que sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán más adelante, resultan de particular trascendencia los alcances que la actora otorgó al contenido de su pretensión y que, a juicio de esta

Corte, determinan el ámbito litigioso. En efecto, cuando contestó la excepción de defecto legal opuesta por la contraparte expresó: "La petición es clara y precisa, y si alguien pretende que se establezca ¿qué porcentaje de agua del módulo del río Atuel peticiona La Pampa, no quedan dudas que ello es imposible determinarlo *a priori* y que surgirá fehacientemente de toda la prueba a producirse y máxime *cuando su representada ha expresado reiteradamente que respetará los usos consuntivos efectivos actuales de la cuenca.* Caso contrario hubiese reclamado directamente el 50 % de las aguas del Río Atuel" (ver fs. 460 vta.).

78) Que esa decisión de respetar los usos consuntivos "efectivos" y "actuales" supone, naturalmente, limitar el reconocimiento a aquellos que resulten racionales a la luz de los sistemas de riego existentes. Supone, también, que en esos límites no importan turbación del derecho de La Pampa.

En tales términos es, por lo demás, que cobran trascendencia los puntos de los informes periciales incorporados, de común acuerdo, en los cuestionarios a los expertos agrónomos e hidráulicos; en particular, los destinados a determinar la extensión de las superficies efectivamente regadas en las áreas del Atuel, los requerimientos de agua que suscitan y las dotaciones utilizadas, así como la eficiencia de conducción y la oferta hídrica existente.

79) Que los peritos agrónomos, como asimismo los fotointérpretes, han debido establecer las superficies efectivamente regadas en el área del Atuel. A los primeros se les requirió informes sobre las que lo fueran en forma permanente, en forma no permanente (como máximo uno de cada tres años) y aquellas que no han sido regadas en los últimos cinco años (pregunta C 22, fs. 14/18, cuerpo XXVIII). Para contestar el punto los expertos han considerado el ciclo agrícola 1979/80 y han clasificado las tierras en diferentes categorías. Según sus estimaciones, el 84 % de la superficie cultivada y regada corresponde a cultivos de carácter perenne, como viñas, frutales, alfalfa y otros que requieren riesgo todos los años, y el 16% restante está destinado a cultivos anuales. Estos, más una superficie de 14.726 ha., configuran un área dentro de la cual dotarían los cultivos, de manera que, cada tres o cuatro años, se regaría un porcentaje

que variará en función de la demanda de los productos de cultivo anual. Hay, además, una superficie que se califica de abandonada que, aunque sistematizada, puede estimarse como no regada en los últimos cinco años. Aclaran que los cálculos admiten pequeñas diferencias en las áreas sometidas a rotación y las consideradas como abandonadas y concluyen, en este aspecto, que las superficies que dan como cultivadas y regadas deben entenderse como netas, o sea que no incluyen construcciones, caminos interiores, acequias, etc. Sobre la base de estos elementos elaboran, finalmente, el cuadro de fs. 18 que da una superficie cultivada y regada, aguas abajo de Valle Grande, de 61.034 ha., subdividida en la afectada a cultivos perennes y anuales y una superficie sistematizada no cultivada de 24.388 ha., dentro de la cual 14.727 ha. están sometidas al régimen de rotación y 9661 se definen como abandonadas.

80) Que, a su vez, los fotointérpretes efectúan su propia clasificación que no difiere de la de los agrónomos. En ese sentido describen las superficies sistematizadas, que son "las áreas de la región que en el año de referencia (1979) estuvieran cultivadas, preparadas para cultivar o exhibieran claros indicios de haber sido cultivadas en el pasado" que comprenden 90.000 ha.; las superficies efectivamente regadas, obtenidas según las técnicas habituales en fotointerpretación que excluyen servicios no directamente vinculados al riego ni discriminan el origen del agua y que ascienden a 68.160 ha. y las que califican de cultivadas "brutas" que incluyen las abandonadas que suman 78.000 ha. (fs. 1/13, respuesta al punto c 28, en particular ítem 2.1.5.1. a 2.1.5.4., cuerpo XXXII).

81) Que estas conclusiones merecieron el requerimiento de explicaciones por ambas partes y, en lo que hace al peritaje agronómico, la impugnación de la actora formulada en términos inconsistentes (ver fs. 644/50 cuerpo XXXI). De las explicaciones de La Pampa, resulta significativa la que persigue precisar el área efectivamente regada por el Autel toda vez que, a su juicio, se involucran en la calculada por los agrónomos zonas abastecidas por aguas que no provienen de ese río como los aportes del arroyo La Aguadita, pero es evidente que no cabe otorgar a la respuesta de los peritos una condición tan asertiva como lo pretende la actora, habida cuenta

de que la reducción que efectúan es sólo "para el supuesto de que no deriven del Atuel" (ver fs. 660/661 vta., cuerpo XXXI). Por su parte, las formuladas por Mendoza no alteran las pautas esenciales del informe (fs. 633/642).

En lo atinente al peritaje en fotointerpretación, tampoco pueden extraerse de las explicaciones brindadas consecuencias significativas. La Pampa pretendió que los expertos aclararan si el material fotográfico utilizado permitía diferenciar la superficie cultivada de la sistematizada pero cubierta por maleza, a lo que respondieron que la imposibilidad de hacerlo sólo podía existir en pequeñas zonas intercaladas (fs. 48, cuerpo XXXII), y Mendoza preguntó, sin éxito, si la condición de "superficie abandonada" correspondía a la situación existente en 1979 o era comprensiva de la de los últimos cinco años anteriores (fs. 67/68 del citado cuerpo).

82) Que de los antecedentes reseñados surge la necesidad de determinar cuál es la extensión de la superficie efectivamente abastecida con agua del río Atuel sobre la cual las partes discrepan. Mientras La Pampa la estima en 54.178 ha. al deducir los aportes que atribuye a caudales foráneos, Mendoza sostiene que debe computarse la que aparece como sistematizada en los cálculos de los fotointérpretes, es decir, 90.000 ha., aunque no resigna su derecho a regar las 132.636 sobre las que existen concedidos derechos de riego.

No ofrece dificultades desestimar esta última pretensión, toda vez que ninguna vinculación presenta con los usos consuntivos reales y procede, asimismo, la exclusión de la superficie sistematizada. En rigor, está constituida por tierras que según los fotointérpretes exhiben "claros indicios de haber sido cultivadas en el pasado", lo que demandó esfuerzo e inversiones, pero no es menos cierto que ostentan la condición de abandonadas que, según los agrónomos, es la calificación que merecen las no regadas en los últimos cinco años. En cambio, parece exageradamente restrictivo limitar el concepto a las 54.178 ha., como lo pretende La Pampa, habida cuenta de que, por un lado, no se ha acreditado con el grado de certeza necesario que haya caudales no provenientes del Atuel que justifiquen la reducción a esa cifra y, por el otro, porque los propios agrónomos demostraron

las variaciones estacionales de la superficie regada en las sucesivas campañas agrícolas (ver fs. 16/17, cuerpo XXVIII).

Por esas razones, el Tribunal entiende que resulta apropiado computar el área de 61.034, que surge del considerando 79 *in fine*.

83) Que, asimismo, se solicitó a los peritos agrónomos e hidráulicos el cálculo de los requerimientos de agua en las actuales zonas de riego del Atuel. Al contestar la pregunta C 21 (ver fs. 4/13 del cuerpo XXVIII), los agrónomos fijaron los concernientes a los usos agrícolas y conexos (consumo de los vegetales, eficiencia de conducción, operación y aplicación y el agua necesaria para el lavado de los suelos salinos) y otras actividades. En cuanto a los primeros, que constituyeron el renglón más significativo, establecen un requerimiento de 16.386 m^3 p/ha. anuales, cantidad que consideran, como lo aclaran, la célula de cultivo incluido el requerimiento de lavado y con una eficiencia general estimada en 0,50 que no es, conviene dejarlo aclarado, la real en el sistema de riego analizado. Tal conclusión fue motivo de impugnación por la actora y de las explicaciones de fs. 647 y 648 que no parecen sustantivas, como así tampoco las que intentó la demandada, de manera que aquella cifra puede ser aceptada como los fundamentos técnicos en que se apoya. Por lo demás, no hay objeciones técnicas fundadas respecto de la magnitud del requerimiento para lixiviación.

84) Que, por su parte, los peritos hidráulicos también dieron su opinión sobre el tema. Así, al comentar el trabajo del Ing. Cotta que La Pampa acompañó con el escrito de demanda, sostienen en el punto "F" que el requerimiento no ya teórico sino aplicado a la eficiencia actual del sistema que es de 0,30 arrojaría la cantidad de 1667 hm^3 por año que disminuiría a 1000 hm^3 si se mejorara el rendimiento a 0,50. Todas estas cifras aplicadas a las necesidades de 61.034 ha. que constituye la superficie admitida por el Tribunal. Estos datos están basados en las estimaciones de los agrónomos que se reiteran en el anexo "D" del peritaje (fs. 160/162, cuerpo XXIV).

85) Que la determinación de esas necesidades constituye tan solo el primer paso en la comprobación de la eficacia del sistema de riego mendocino a cuyo muy deficiente funcionamiento atribuye La Pampa que el agua del Atuel no llegue a su territorio en condiciones que

permitan su aplicación al riego. Es también importante, a estos fines, determinar la magnitud de la oferta hídrica o disponibilidad de agua afectada, no sólo por esa alegada ineficiencia, sino por las pérdidas que se producen, ubicadas principalmente, como lo señalan los peritajes, en la zona conocida como Las Juntas, aguas arriba del área de riego.

86) Que, como ya se explicó, el Atuel presenta en Las Juntas pérdidas considerables respecto de cuyos efectos, analizados por los peritos hidrogeólogos e hidrólogos, ya ha hecho mérito esta sentencia. Por ejemplo, a fs. 5 del cuerpo XVII, los hidrólogos informan que "en el tramo del sistema del Atuel, comprendido entre las estaciones de aforo del río Salado en Cañada Ancha, Atuel en el Sosneado y Atuel en La Angostura, se producen pérdidas de caudal cuya magnitud representa en promedio para el período 1972/81 el 29,7 % del aporte al sistema, lo que equivale anualmente a 501,8 hm^3 o un caudal medio de 15^9 mt/s. Dichas pérdidas son producto de las infiltraciones que ocurren en el tramo superior de ambos ríos, antes de su confluencia total en la zona de Las Juntas. Estas conclusiones son compartidas por los ingenieros hidráulicos que admiten cifras prácticamente idénticas (ver anevo B, fs. 95, anexo D, fs. 158). Otras pérdidas son detectadas en el tramo donde están instaladas las obras hídricas tal como lo recuerdan los ingenieros hidráulicos siguiendo al peritaje en hidrogeología (anexo D, fs. 158/159).

Sobre la base de estos elementos de juicio se llega a una oferta hídrica de 1.204 hm^3/año, resultante de la disponibilidad *anual media* al pie de la presa de Valle Grande, equivalente a 918 hm^3/año de la proveniente de aguas subterráneas que suman 150 hm^3 y de las recuperadas en la red de riego (fs. 162, anexo D, cuerpo XXIV).

VI

87) Que habida cuenta de los requerimientos de que se ha hecho mérito, calculados según el grado de eficiencia de la red de riego, ya sea que se adopte una referencia teórica o una real, y confrontadas esas necesidades con la oferta hídrica podrá determinarse la existencia de excedentes o faltantes, es decir, si el recurso hídrico es sufi-

ciente para abastecer el uso consuntivo en Mendoza, y factible el aprovechamiento para usos agrícolas en La Pampa o si, por el contrario, sólo cubre aquella utilización que la actora ha admitido en la medida de su racionalidad. Desde luego, juega aquí un papel muy importante la eficacia del sistema de riego. Es necesario advertir, por lo demás, que las cifras manejadas por los expertos deben relacionarse con la superficie de 61.034 ha., reconocida por la Corte.

88) Que, como un paso previo necesario, corresponde hacer referencia al sistema del riego del Atuel. Al responder a la pregunta C 27, los ingenieros agrónomos hacen una descripción de sus características más destacadas.

Según lo afirman, la "importante obra de riego del río Atuel" es similar, en su extensión, a la existente en el Alto Valle del Río Negro, con rasgos, en cuanto a sí misma y a su administración, semejantes a los existentes en otras redes de riego del país. Para los expertos, son la consecuencia "de la forma en que se inicia la evolución del área a fines del siglo pasado y primeras décadas del presente. Su desarrollo ha sido inorgánico, lento en el tiempo y, esencialmente, fruto del empeño de la actividad privada, que se extendió dentro de la limitada estrechez de sus posibilidades sin apoyo técnico en riego desde el punto de vista agronómico, pero con el entusiasmo propio de los pioneros". Estas circunstancias, al tiempo que hacen especialmente meritoria la obra de aquéllos, constituyen un reproche para el estado provincial mendocino. La zona de riego está ubicada —como ya se señalara— al sur de la Provincia de Mendoza, en los departamentos de San Rafael y General Alvear, a lo largo de 100 km a ambas márgenes del río, predominando el área regada en una proporción de un 80%, sobre la costa izquierda de su curso. Existen —informan— dos zonas diferenciadas: una, aguas arriba de la presa de Valle Grande y, otra, que concentra el 98% del riego, aguas abajo de esta última.

También integran el área el dique El Nihuil con sus centrales hidroeléctricas y la presa compensadora de Valle Grande y "rutas troncales pavimentadas, ferrocarriles, profusa red de caminos pavimentados y de tierra, líneas de alta y baja tensión, puentes, pobla-

ciones y el importante centro comercial de General Alvear" (fs. 42 vta./ 43, cuerpo XXVIII).

El área servida por el Atuel está ubicada en una región árida, con una precipitación media anual levemente superior a los 300 mm, temperatura media de 15° y excelente insolación. Estas características se dan también en la zona de Santa Isabel, ya en territorio pampeano (fs. 42 vta./43).

89) Que el aprovechamiento de las tierras basado en el riego se inició a fines del siglo pasado, al punto que hacia 1909 se estima entre 6000 y 7000 ha. la superficie regada. Años después y "no más allá de 1930", se integra la totalidad de la red de riego por gravitación existente en la actualidad y a partir de 1960 comienza el uso complementario por el método de bombeo. Casi en su totalidad recibe el agua de la presa de Valle Grande que compensa las aguas que provienen del dique El Nihuil y una "profusa red de canales comienza a extenderse a 12,7 km de la compensadora, y se desprenden del río 13 canales matrices de distintas magnitudes que alimentan el área regada" (fs. 43 vta.) y que conjuntamente con ramales, canales menores e hijuelas abarcan una "importante infraestructura que alcanza a 2451 km." (fs. 44). Existe, asimismo, una red de desagües de 1128 km.

El sistema —continúan— está administrado por el Departamento General de Irrigación, creado mediante la sanción, en el orden provincial, de la Ley General de Aguas de 1884 y su complementaria de 1888.

90) Que el estudio de la administración del sistema indica que, en cuanto a captación y almacenamiento, los diques de El Nihuil y Valle Grande desempeñan una importante función que se ve afectada por la falta de una sistematización adecuada aguas abajo. Juegan de manera negativa una serie de circunstancias que puntualizan a fs. 49 y que los lleva a afirmar que "todo el sistema de riego y drenaje del río Atuel lo podemos considerar en regular estado, con dificultades en cuanto a las entregas de agua, especialmente en lo que hace a la captación del agua desde el río" (fs. 50).

91) Que, por su parte, los peritos hidráulicos dedican el anexo C de su peritaje (cuerpo XXIV) a la descripción de la red. Destacan que el río Atuel "a través de su sistema de riego actual, tiene primerísima participación en la explotación agrícola frutihortícola de una importante región ubicada en los departamentos mendocinos de San Rafael y General Alvear", y que aquélla no se adecua "en su diagramación general, a lo que sería una red sistemática, sino a un conjunto de subredes independientes entre sí que responde a 13 canales matrices existentes. Su extensión es de 594 km, dentro de los cuales sólo el 57 % está revestido (fs. 141/150, 155/156).

Por otro lado, a fs. 39 del peritaje, califican al sistema como "precario y vetusto, en malas condiciones de funcionamiento, con escasas tareas de mantenimiento y renovación".

92) Que estas conclusiones hacen necesario establecer en un sentido técnico, el grado de eficiencia del sistema y los métodos posibles de mejoramiento toda vez que, como se anticipó, el reconocimiento de los "usos consuntivos efectivos actuales" que efectúa La Pampa sólo cobra sentido de no existir, como lo afirma, una grave ineficiencia y gran derroche de agua. A tal efecto, adquieren singular gravitación los informes de los agrónomos, especialmente sus respuestas a los puntos C 23 (fs 22/28, cuerpo XXVIII) y C 25 (fs. 36/40 de este mismo cuerpo).

93) Que esos expertos discriminaron los conceptos de eficiencia en la conducción, en la aplicación y en la operación para finalmente subsumirlos en el omnicomprensivo de eficiencia general. La conducción por los canales matrices fue calculada sobre la base de aforos efectuados en el ámbito de canales matrices, ramales e hijuelas en una extensión de 155,05 km y arrojó un promedio del 70 % (0,70), la eficiencia de aplicación comprobada sobre el trabajo en fincas es del 50 % (0,50) y la de operación del 85 % (0,85) para lo cual tomaron en cuenta la existencia y estado de las obras de distribución que estimaron aceptables "dentro del tiempo de su uso" y la organización del régimen (fs. 24 vta.). Con esos elementos, determinaron la de carácter general a la que definen como "la que indica en forma cuantitativa cómo se utiliza el agua de riego". En suma —afir-

man— "cuánta agua, de la ingresada al sistema, es positivamente aprovechada por los cultivos y cuánta se pierde por percolación, descarga a los desagües, lagunas, etc." (fs. 24 vta./25). El resultado de esa estimación alcanzó a un grado de eficacia general de 0,2975 aunque se adoptó 0,30 que se ubica en el rango de baja. Esto —sostienen— no significa que esa calificación no puede ser mejorada con la aplicación de nueva tecnología, aspecto que consideran al contestar la pregunta C 25 (fs. 36 y sigs.).

En tal sentido, "todas las obras de riego que han superado los cincuenta años de uso, de las características de construcción y estado en que se encuentra el sistema de riego del río Atuel, necesitan entrar en un decidido programa de rehabilitación integral de su red de riego y drenaje, como también a nivel de parcela, para poder cumplir tres objetivos fundamentales: ahorrar agua, mejorar y prevenir el problema de salinización y/o modificación de los suelos e incrementar los rendimientos unitarios de las cosechas". Una serie de acciones "debidamente proyectadas y planificadas" permitiría alcanzar una eficiencia del 50 % (0,50) considerada buena, y en el piso de la estimada óptima (ver fs. 25).

Los problemas principales que se comprobaron tanto en las obras como en las fincas derivan de la inexistencia de un desarrollo planificado, la carencia de un plan orgánico de rehabilitación, aunque ha habido importantes acciones puntuales, y la existencia de ciclos de escasez de agua que con la construcción de los diques pudieron superarse en parte.

En suma, para los ingenieros Casamiquela, Mizuno y Roca, que suscriben de común acuerdo el dictamen, "son importantes las causas que han originado los problemas detectados", pero se "repiten en la gran mayoría de las áreas de riego del país". Es más, en América, Estados Unidos y Méjico son los países con mayores superficies regadas. Ambos tuvieron y tienen los mismos problemas, originados por causas similares a las antes señaladas (fs. 37). No obstante, agregan, existen medios técnicos para mejorar la situación y señalan que puede encararse un plan de acción inmediata, de alcances más modestos, que describen a fs. 40.

VII

94) Que parece claro que el sistema de riego del río Atuel adolece de los defectos que se han puesto en evidencia, que revelan un nivel de ineficiencia remediable. Pero es del caso ahora considerar las disponibilidades de agua resultantes de la magnitud de la oferta hídrica relacionada con los requerimientos de riego para lo cual deberá tenerse en cuenta el nivel de eficiencia existente de 0,30 y el que resultaría de llevarse a cabo ciertas obras estimado en 0,50. Los cálculos de los peritajes, conviene advertirlo, se han efectuado, por una parte, siguiendo las pautas fijadas por los peritos agrónomos para determinar la superficie regada, que asciende a 61.034 ha. que esta Corte considera la adecuada, y, por la otra, según la petición de Mendoza hecha por vía de las explicaciones solicitadas a los expertos hidráulicos, que requeriría la adecuación de las estimaciones a la de 90.000 ha. denunciadas como sistematizadas.

95) Que los cálculos de los peritajes consideraron, asimismo, la gravitación que corresponde atribuir a la recuperación de caudales, posible —según lo expresan— mediante las obras que indican, como medio de atender las demandas de riego que, con las actuales de derivación (tomas libres en los canales matrices), resulta imposible abastecer (ver respuesta de los peritos hidráulicos al punto LP 109, fs. 48, cuerpo XXIV).

Los hidráulicos han atendido a este tema al contestar el punto M 48 a fs. 49 y sigs. Allí señalan que una mayor disponibilidad de agua de manera de satisfacer un "uso beneficioso" en La Pampa podría obtenerse por medio de la mejora de la red de riego que aumentaría su eficiencia o mediante la realización de "obras de gran envergadura en la alta cuenca del Atuel... que permitan una recuperación de los caudales que en el presente se pierden en la zona de Las Juntas, por infiltración y evaporación".

96) Que este último aspecto de la cuestión se desarrolla más extensamente en el anexo D de su peritaje (puntos 5, 1, 2 y 3, fs. 157/159). En él expresan que "el río Atuel desde la estación de aforos El Sosneado y luego de recibir a su principal afluente, el Salado, experimenta una serie de pérdidas o mermas sucesivas de sus cau-

dales debida a las características físicas propias de su lecho en los distintos tramos a la construcción de obras hidráulicas en su curso que alteraron las condiciones naturales preexistentes y al desarrollo de una gran zona de riego mendocina" (fs. 157). Esas pérdidas ascienden en Las Juntas, para el período entre 1972-73 y 1981-82 en el que existe un registro completo de observaciones hidrométricas, a 15,9 m^3/s por equivalente a 500,6 hm, computados en valores medios anuales. Estas cifras arrojan resultados más módicos para el lapso 1965-66 a 1981-82 (ver fs. 158). A su vez, en el tramo correspondiente a las obras las pérdidas por evaporación alcanzaron como media anual la de 1,4 m^3/s por evaporación y 2,9 m^3/s por infiltración. De tal forma, el módulo del río Atuel al pie de Valle Grande supone para el período 1965-66 a 1979-80 una media de 28,3 m^3/s equivalente a 892 hm^3 y para 1965-66 a 1981-82, 29,1 m^3/s ó 918 hm^3. Aguas abajo de Valle Grande, el río no sufre pérdidas "en todo el tramo en correspondencia con la zona de riego mendocina hasta Carmensa" (fs. 159).

97) Que, a su vez, los hidrólogos informan que "en el tramo del sistema del Atuel, comprendido entre las estaciones de aforos del río Salado en Cañada Ancha, Atuel en El Sosneado y Atuel en La Angostura, se producen pérdidas de caudal cuya magnitud representa en promedio para el período 1972-81 el 29,3 % del aporte al sistema lo que equivale a 501,8 hm^3 o un caudal medio de 15,9 m^3/s. En la zona de las obras hidráulicas, en el lapso 1965-66 a 1981-82 se comprobaron pérdidas del orden medio de 4,3 m^3/s discriminadas en un 1,4 m^3/s debidas a evaporación y 2,9 m^3/s a infiltración, cifras que guardan estricta correspondencia con las brindadas por los hidráulicos. Como éstos también hacen mención al carácter afluente del río entre Rincón del Atuel y Paso de la Arena donde no registra pérdidas (puntos c.3, c.4, fs. 5/7 cuerpo XVII). Ambos grupos de expertos consideran también la posibilidad de recuperar caudales: para los hidráulicos, las obras a llevarse a cabo en Las Juntas permitirían captar un promedio de 421 hm^3/año en El Nihuil para el período 1972-73 a 1981-82 y de 374 hm^3/año si se computa el período entre 1965-66 y 1981-82 y habría excedentes en la zona de riego si se alcanzara una eficacia de 0,50 (ver fs. 17, cuerpo XXIV); por su parte los hidrólogos admiten una recuperación media de 12 m^3/s que significa para el sistema de

aguas abajo un incremento de 31,6 del derrame medio, sin que sea factible modificar las condiciones en el área de las obras hidráulicas. Un mayor grado de eficacia en la zona de riego incrementará el volumen del caudal (fs. 10/11, cuerpo XVII).

Por otro lado, tanto los ingenieros hidráulicos como los agrónomos coinciden en que no se justifican los intentos de recuperar agua en el colector de la Marzolina (ver fs. 19 y 666, cuerpos XXIV y XXVII, peritaje hidráulico, fs. 33, cuerpo XXVII, peritaje agronómico).

98) Que sobre la base del informe de los peritos agrónomos, los expertos en hidráulica establecieron que tomando en consideración una eficiencia global, como la presente, de 0,30 el "derrame anual necesario en la cabecera de la red para 61.034 ha. sería 1666,8 hm^3/año (1667 hm^3). A su vez, los recursos hídricos, conformados por la disponibilidad media anual al pie de la presa de Valle Grande, más el aporte de agua subterránea y de la recuperable en la red de riego (estos supuestos previstos en el estudio de la consultora Franklin-Geomines) sería de 1204 hm^3/año. Se produce en tal supuesto, un déficit del recurso de 463 hm/año. En cambio una mayor eficiencia global de riego permitiría, siempre sobre 61.034 ha. un excedente de 204 hm^3 que serviría para regar en La Pampa 15.000 ha. con destino, aparentemente, a cultivos de forrajeras y pasturas (ver fs. 35, cuerpo XXIV; cuadro 6, fs. 189). Estas condiciones podrían alcanzar una mejoría más significativa si se llevaran a cabo obras que, al reducir las pérdidas en Las Juntas, permitieran una disponibilidad al pie del Valle Grande de 1528 hm^3/año, toda vez que entonces el excedente subiría a 528 hm^3/año, equivalente a un caudal de 16,7 m^3/s.

99) Que a distintos resultados llegaron los expertos cuando la Provincia de Mendoza les requirió, sin objeción de la contraria, que tomaran como punto de partida una superficie regada de 90.000 ha. que es la que se definió como sistematizada (ver fs. 628/629, cuerpo XXVII). En efecto, los cálculos practicados sobre estas bases, indicaron que con una eficiencia global de 0,30, el requerimiento de agua sería de 2458 hm^3/año frente a una disponibilidad de 1204 m^3. Una elevación de la eficiencia del sistema a 0,50 no alcanzaría a modificar ese estado de cosas de tenerse en cuenta la superficie citada que la Corte no ha admitido pues subsistiría un déficit de 271 hm^3

y sólo de llevarse a cabo las obras en Las Juntas ambos factores, de consuno, crearían un magro excedente de 53 hm^3/año (ver planillas de fs. 707/708 del citado cuerpo XXVII).

100) Que habida cuenta de que ha quedado acreditado un mal uso de la red de riego mendocina por las imperfecciones y deficiencias constatadas y que la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0,50 produciría excedentes, la reconocida aceptación de La Pampa de los consuntivos "actuales" y "efectivos" conduce a admitir parcialmente su reclamo.

Por lo demás, la conducta de la Provincia de La Pampa, al admitir el respeto de los usos consuntivos, no significó otra cosa que reconocer trascendencia a los que efectúa Mendoza bien que en los límites de un ejercicio racional.

101) Que las medidas razonables de conservación que elevarían la eficiencia del sistema del Atuel a 0,50 no son suficientes, empero, para generar excedentes de acuerdo a las expectativas de Mendoza ni de La Pampa ni el aprovechamiento óptimo de la cuenca. Se necesitaría para ello realizar las obras de recuperación de Las Juntas. Tales trabajos no parecen ser "financiera ni físicamente posibles ni tampoco se ha acreditado clara y convincentemente" la existencia de usos benéficos futuros que desplacen a los actuales y que justifiquen el conjunto de los trabajos que han descripto los peritos hidráulicos.

102) Que en ese sentido, esta Corte considera oportuna la cita de las conclusiones del peritaje económico realizado por el Dr. Eduardo A. Zalduendo. Aunque la Provincia de La Pampa lo ha considerado como una prueba que calificó de intrusa (ver fs. 115, cuerpo XXXVI), cabe que el Tribunal la tenga en cuenta si ella es apta para arribar a la verdad jurídica objetiva toda vez que no está ceñido en la materia por constreñimientos procesales.

En su informe, el Dr. Zalduendo, al contestar la pregunta M 54, considera que, analizadas todas las hipótesis de trabajo que plantea el caso, "los resultados económicos son negativos, o sea que los beneficios del proyecto no compensan los costos de los recursos que serían necesarios para la construcción". También —agrega—: "Se observa que las diferencias son considerables, esto es, que las pérdidas

serán cuantiosas en caso de encararse el proyecto. Este resultado es aún más desalentador si se tiene en cuenta que se ha trabajado con hipótesis optimistas en cuanto al ritmo de incorporación de las nuevas tierras regadas" (se refiere a las de la región pampeana que recibirían riego) a la producción efectiva. Esta apreciación se basa en la experiencia nacional de desarrollo de áreas de riego que incluso se ha reflejado en la experiencia de zona en la Provincia de La Pampa. Por tal razón, concluía: "En síntesis, aún en las condiciones más favorables, el proyecto, desde el punto de vista económico, no es aconsejable" (fs. 12 y 14, cuerpo XXXVI).

Estas conclusiones no impiden el replanteo futuro del tema, si éste se hace desde puntos de partida diferentes, como los que podrían presentar la previsión de otros aprovechamientos vinculados a las obras o mejoras científicas o tecnológicas que disminuyan los costos de su realización.

103) Que el principio del aprovechamiento equitativo, originado por la Corte norteamericana, ha recibido consagración en el derecho internacional donde se la reconoce como una doctrina idónea para resolver conflictos de esta naturaleza al punto que, para muchos autores, se ha convertido en una norma de derecho consuetudinario. Es procedente, por lo tanto, estudiar los alcances de su aplicación en ese ámbito al que ambas partes han acudido como fuente alternativa para la decisión de este litigio.

104) Que distintas teorías han sido utilizadas a ese fin. Julio A. Barberis recuerda en su obra sobre recursos naturales compartidos, como las posiciones extremas que suponen la tesis de Harmon, con la que los Estados Unidos pretendieron legitimar su utilización de las aguas del río Grande frente al reclamo del gobierno mejicano, o la de la integridad territorial absoluta, han cedido paso frente a otras concepciones, menos estrictas, en las que gravitan las necesidades crecientes del eficaz aprovechamiento hidroeléctrico o el desarrollo de los sistemas de riego (Barberis, Julio A. "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional", Editorial Tecnos, Madrid, 1979).

Es por tales razones que se ha procurado encontrar soluciones apropiadas a ese objeto, a veces inspiradas en remisiones e institutos

del derecho privado, o principios generales del derecho, mediante las cuales se ha pretendido reglamentar la utilización de aguas interjurisdiccionales.

Estas teorías partían del reconocimiento objetivo de que entre los estados ribereños se configura una dependencia física permanente como sostuvo la resolución del Instituto de Derecho Internacional dictada en la reunión celebrada en Madrid en 1911 y merecieron recepción en la jurisprudencia internacional. En el caso relacionado con el río Oder —que recuerda la actora en su alegato— la Corte Internacional de Justicia sostuvo que existe entre los estados una "comunidad de intereses". Esta circunstancia se da especialmente en el caso donde las partes son estados provinciales integrantes de una federación, y por ello sin derecho de secesión.

105) Que simultáneamente a esta evolución doctrinaria se ha producido el afianzamiento de un concepto, también de singular importancia en este tipo de conflictos, cual es el de cuenca hidrográfica, caracterizada como una unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común y que mereció consagración en el art. 2º de las Reglas de Helsinki sobre el uso de aguas internacionales, aprobadas por la International Law Association en 1966. Esta interpretación ha comenzado a prevalecer en lo que hace al uso y aprovechamiento industrial y agrario de los ríos y esa noción de unidad apunta menos a un sentido geográfico que al de las actividades humanas desarrolladas en el área. Tal criterio fue usado por la Corte Internacional en el litigio entre Francia y España por el lago Lanoux, donde, entre otras cosas, dijo: "Le Tribunal ne saurait méconnaitre la réalité, au point de vue de la géographie physique de chaque bassin fluvial, qui constitue, comme le soutient le Mémoire espagnol..., 'une unité'. Mais cette constatation n'autorise pas les conséquences absolues que voudrait en tirer la these espagnole. L'unité d'un bassin n'est sanctionné sur le plan juridique que dans la mesure ou elle correspond à des réalités humaines. Une dérivation avec restitution, comme celle enviasagée par le projet francais, ne modifie pas un état de choses ordonné en fonctions des exigences de la vie sociale" (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. Pero, esta comprobación no autoriza las consecuencias absolutas que de ella quiere deducir la tesis española. La unidad de una cuenca sólo está sancionada en el plano jurídico en la medida en que corresponda a las realidades humanas. Una derivación con restitución como la considerada en el proyecto francés no modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social" (citado por Barberis, op. cit. págs. 24/25).

Es oportuno acotar la importancia que esa decisión otorga a "las exigencias de la vida social" como consecuencia de la significación de las que llama "las realidades humanas".

106) Que sentadas estas consideraciones y recordando que en el caso se está ante un conflicto entre dos provincias de un mismo Estado nacional, corresponde hacer referencia a algunas reglas generales en la materia que, fundamentalmente, se inspiran en el principio sustancial de derecho que impide a un estado miembro de la comunidad internacional dañar a otro. Todo perjuicio importante que se traduzca en una disminución sensible del volumen o la calidad de las aguas debe ser evitado, toda obra o proyecto que pueda llegar a afectarlas tiene que ser puesta en conocimiento del estado o los estados respectivos y su uso debe ser equitativo y razonable. Este último principio no supone, ha dicho la Corte Internacional de Justicia, "una cuestión de aplicación de la equidad simplemente como una cuestión de justicia abstracta, sino de aplicación de una regla de derecho que prescribe la adopción de principios de equidad" (Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre delimitación de la plataforma continental planteado entre Alemania, por un lado, y Holanda y Dinamarca, por el otro, Recueil, 1969, 46/47).

Estos principios se consagraron en numerosos acuerdos internacionales y parecen acordes con la postura que nuestro país ha adoptado en sus relaciones internacionales y destacado en los informes del Ministerio de Relaciones Exteriores citados por la parte actora en su alegato.

107) Que la determinación de lo que constituye un uso "equitativo y razonable" supone considerar una serie de circunstancias propias de cada caso y no es susceptible de una definición conceptual absoluta sino que se asienta en una serie de principios de carácter general. Ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, el ámbito natural de la cuenca, su geografía y el clima. Además deben contemplarse las necesidades económicas y sociales de los estados, la medida en que la economía depende de un recurso natural, los asentamientos poblacionales concentrados en la región y usufructuarios del agua y la utilización preexistente. Desde luego, el concepto no supone, necesariamente, una distribución matemáticamente igualitaria sino, como lo ha sostenido un prestigioso internacionalista, "an equal right (de los Estados) to use the waters... in accordance with their needs" (Andrassy, citado por Lipper, pág. 44).

108) Que uno de los primeros intentos de formular principios generales sobre el tema fue considerado en la reunión de la International Law Association, celebrada en Dubrovnik, Yugoslavia, en 1956. Allí se asignó relevancia a: 1) El derecho de cada estado a un uso razonable del agua; 2) el grado de dependencia de cada estado respecto de ese recurso; 3) los beneficios comparativos que, en lo social y económico, obtiene cada uno de ellos; 4) la existencia de acuerdos preexistentes y 5) la utilización previa del recurso. Estas pautas recogen reglas trascendentes que ya habían sido consideradas en conflictos internacionales. Por ejemplo, cuando la Corte Internacional de Justicia decidió el litigio sobre las pesquerías suscitado entre Inglaterra y Noruega afirmó que el Tribunal no podía pasar por alto: "economic interests peculiar to a region, the reality and importance of which are clearly evidenced by a long use" (I. C. J. report, 1951).

109) Que, también, y como ya se ha insinuado, los usos preexistentes adquieren gravitación en ese ámbito del derecho. No obstante y como lo había señalado la Corte norteamericana, tales usos no reconocen un derecho absoluto. En efecto, aunque constituyen un factor relevante, deben considerarse de consuno con otros elementos y aun los más recientes pueden ser preferidos si, como se dijo en 325 US 589, responden a una economía "establecida".

Por lo tanto, la mera prioridad cronológica no debe necesariamente prevalecer sobre los factores que conforman las reglas generales que presiden el concepto de utilización equitativa que, como veremos a continuación, fueron objeto de una nueva enunciación en las reglas de Helsinki elaboradas por la International Law Association en 1966.

110) Que el art. 4º de las mencionadas reglas declara que "todo estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de los límites de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional", la que se determinará "según los factores pertinentes de cada caso particular, entre los que el art. 5º menciona los siguientes: a) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada estado ribereño; b) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua de cada estado ribereño; c) el clima de la cuenca; d) la utilización pasada de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual; e) las necesidades económicas y sociales de cada estado de la cuenca; f) la población que necesita de las aguas de la cuenca en cada estado ribereño; g) los costos comparativos de otros medios que puedan adoptarse para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada estado de la cuenca; h) la disponibilidad de otros recursos; i) la prevención del desaprovechamiento innecesario en el empleo de las aguas de la cuenca; j) la posibilidad de que la indemnización a uno o más estados corribereños de la cuenca sea medio de arreglar conflictos entre usuarios y el grado en que puedan satisfacerle las necesidades de un estado ribereño sin causar perjuicios notable a un estado corribereño. "El valor de cada factor —continúa el apartado 3)— se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar la participación razonable y equitativa se estudiarán todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación conjunta."

111) Que, por su parte, el art. 7º prescribe: "A un estado de la cuenca no se le puede negar, con el fin de reservar el aprovechamiento futuro de dichas aguas en favor de un estado corribereño,

el uso razonable que en el presente hace de las 'aguas de una cuenca hidrográfica' ", y el 8º establece: "El uso razonable actual podrá continuar, a menos que los factores que justifiquen su continuación pierdan fuerza frente a la importancia mayor de otros factores que pueden conducir a la conclusión de que dicho uso debe modificarse o terminarse a fin de facilitar otro uso que compita y sea incompatible con el primero" (Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas", por Edmund Jan Osmañezyk; Fondo de Cultura Económica, México, 1976).

112) Que como es fácil advertir, las reglas de Helsinki han recogido los principios generales mencionados precedentemente, por lo que adquiere importancia hacer referencia a alguno de los comentarios que como conclusiones de su trabajo efectúa Jerome Lipper en la obra ya citada. Allí reitera que la utilización equitativa no supone una división igualitaria de las aguas sino que apunta al derecho que tiene cada estado ribereño a compartirlas sobre la base de sus necesidades económicas y sociales, conforme a los derechos correspondientes de los corribereños y excluyendo la consideración de factores no relacionados a tales necesidades (pág. 63). También destaca ese autor que la utilización equitativa exige un uso benéfico de las aguas. Este concepto significa, en la opinión de Lipper, que debe producir un beneficio económico o social suficiente para el usuario como para que justifique su continuidad aunque caben al respecto dos observaciones: la primera, que la protección se otorga sólo cuando existe un uso real y, la segunda, que para lograr ese amparo el uso no necesita ser "the optimun and most beneficial use" (un uso óptimo o el más beneficioso) sino razonablemente eficaz. "While intentional waste, or indifference to waste, will not be countenanced, the method of utilization need not be the most efficient technologically posible. The technical know-how and financial resources available to a state are relevant to determining whether its method of utilization is unduly wasteful" (mientras no cabe aceptar el derroche intencional o la indiferencia en el uso, el método de utilización no necesita ser el más eficiente desde el punto de vista técnico. La tecnología y los recursos financieros disponibles son relevantes para determinar si el método es indebidamente dilapidador, pág. 63).

113) Que más adelante se reproducen conceptos igualmente apropiados. La doctrina de la prioridad, se afirma, no se aplica en su sentido absoluto; la mera secuencia temporal sólo sirve para proteger usos actuales frente a los propuestos y en ese sentido: "It cannot be doubted that an existing beneficial use will not readly be disturbed to make way for a new use". Sin embargo, un uso más nuevo podría prevalecer si sus beneficios son de tal magnitud que superen el daño causado a los existentes (of such great magnitude as to outweigh the injury to the existing use, pág. 65).

114) Que cotejadas las exigencias de las reglas de Helsinki y la doctrina, con las características que presenta el caso *sub examine* se desprenden conclusiones significativas. La cuenca hidrográfica del río Atuel está ubicada, según los peritos en fotointerpretación, en alrededor de un 80 % en territorio mendocino, donde nace y por donde discurre, con la mayor contribución de agua el río. No hay duda acerca de la preexistencia de los usos en la provincia demandada, como que el desarrollo económico de las zonas de San Rafael y General Alvear está basado, fundamentalmente, en un sistema de riego servido con aguas del Atuel. Ese desarrollo ha creado una importante infraestructura económico-social y estimulado el crecimiento demográfico que alcanza, en la actualidad, a alrededor de 100.000 habitantes dedicados, casi totalmente, a la actividad agraria. Se ha concluido, por otra parte, en la existencia de usos ineficientes por la Provincia de Mendoza. La Pampa, por su parte, no demostró que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales. El reconocimiento de todos estos factores, principalmente el que merecen los usos preexistentes —cuya validez ha reconocido la actora, como ya hemos visto— no es sino, en el lenguaje que usó la Corte Internacional de Justicia en el caso del Lanoux "la admisión de un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social".

115) Que las consideraciones precedentes concurren a admitir parcialmente el reclamo de la Provincia de La Pampa tendiente a lograr una participación en los usos de las aguas del río Atuel. Admitido que su pretensión importa respetar los usos consuntivos "efectivos y actuales" (ver fs. 460 vta.) ha demostrado, de conformi-

dad a los criterios prevalecientes en la doctrina y jurisprudencia atinentes a la materia, un grado de ineficiencia por parte de la Provincia de Mendoza que parece en parte remediable, dentro de un razonable costo. Esto es especialmente así si se recuerda las limitaciones impuestas a los derechos que derivan de la prioridad en el uso y a la necesidad de armonizar los distintos factores en juego, por lo que aquel costo razonable no supone la matemática comprobación de las ventajas económicas de las obras a emprender, sino que es tal por efectuar una adecuada composición de intereses y derechos, que no es posible efectuar sin gasto alguno para las partes.

116) Que en relación a cuál sería un caudal razonable a recibir por La Pampa, éste resultaría de atender las afirmaciones de la pericia hidráulica conforme a la cual al aumentar la eficiencia global de la red de regadíos mendocina se produciría un excedente de 204 hm^3/año si no se la computa. En tales condiciones parece adecuado y equitativo adoptar la cantidad de 100 hm^3/año.

En cuanto al plazo de realización de las obras de ingeniería a realizar, parece adecuado el de 5 años, determinado en el mismo informe pericial arriba citado.

117) Que de lo expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones:

1º) La cuenca hidrográfica del Atuel tiene carácter interprovincial.

2º) Los tratados celebrados por la Nación, en tiempos en que La Pampa era territorio nacional y que resultan perjudiciales a los intereses del actual estado provincial no le son oponibles.

3º) El cabal reconocimiento de los derechos de La Pampa resultaría de una excesiva onerosidad en relación al beneficio que significaría para ella. Por ello debe reconocerse su pretensión en una medida que armonice la totalidad de intereses en juego, máxime que esta Corte no está resolviendo por vía de la presente un pleito judicial, sino una queja interprovincial, para cuya solución debe atender prioritariamente a los intereses de los estados comprometidos y de sus comunidades, en el marco de la unión nacional.

4º) En este espíritu es adecuado no tener en cuenta los proyectos para aguas arriba de Valle Grande, como el de Las Juntas, y disponer que en un plazo razonable, la Provincia de Mendoza mejore la eficiencia de su red de riego entre Valle Grande y Carmensa, superando el grado de obsolescencia que padece y elevando el de su eficiencia global de 0,30 a 0,50. La realización de estas obras es responsabilidad de la Provincia de Mendoza, excepto aquellas que sólo tienen sentido con miras al aprovechamiento de un caudal hídrico por la Provincia de La Pampa. Estas obras son: parcialmente en una quinta parte el canal unificador previsto en el proyecto de Franklin Geomines, y totalmente la conducción entre Carmensa y Santa Isabel.

5º) En cumplimiento de lo anterior deberá generarse un aumento del volumen hídrico del que la Provincia de Mendoza permitirá el paso, en condiciones climáticas regulares, a la Provincia de La Pampa de 100 hm^3 anuales.

6º) El plazo para la realización de las obras y el cumplimiento de lo dispuesto en el punto anterior será de 5 años, a partir de la fecha en que la Provincia de La Pampa manifieste su conformidad para efectuar los pagos que le corresponden.

7º) La administración de tales obras se hará por la Provincia de Mendoza en las obras a realizarse en su territorio con control de la de La Pampa en cuanto a su costo y al destino de los aportes que esta última efectúe, y por la de La Pampa en los a realizarse en el territorio de ella.

8º) Los emprendimientos futuros que acuerden realizar los estados provinciales ribereños se costearán por ambos en la proporción en que ellos aprovechen los intereses de cada uno.

9º) Cabe instar a las provincias a integrar un ente administrativo con representantes de ambas a los efectos de cumplir con lo que aquí se decide y de estudiar y disponer empresas futuras de aprovechamiento de la cuenca, como pueden ser las obras proyectadas en la zona de Las Juntas, si resultara de interés concretarlas.

10) Los derechos de La Pampa que no puedan hoy satisfacerse sin serio perjuicio económico, podrán ser replanteados de producirse

mejoras en la ciencia y la tecnología que hagan desaparecer la excesiva onerosidad señalada. El ente cuya creación se sugiere en el punto anterior podrá también entender en este tema.

Por ello, esta Corte dirime la presente queja interprovincial (art. 109 de la Constitución Nacional) en los siguientes términos:

1º) La cuenca hidrográfica del Atuel —que se extiende por territorio de las provincias de Mendoza y La Pampa— tiene carácter interprovincial.

2º) La Provincia de Mendoza deberá realizar las obras necesarias para mejorar la eficiencia de su red de riego entre Valle Grande y Carmensa y permitirá a su terminación el paso de 100 hm^3 anuales hacia territorio de la Provincia de La Pampa, en condiciones meteorológicas normales. Las obras deberán realizarse en el plazo y condiciones señalados en el considerando precedente.

3º) Instase a las partes a crear un ente administrativo común a los efectos del mejor cumplimiento de lo resuelto y para encarar las obras que en el futuro sean de su interés.

4º) Impónense las costas de esta queja en el orden causado y las comunes por mitades.

Hágase saber por oficio lo resuelto, con copia de la presente, a los señores gobernadores de las provincias de La Pampa y de Mendoza. *Carlos S. Fayt.*

LUCAS SILVANO PENNA BORES

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La demanda de un afiliado a un partido político provincial tendiente a que se invaliden las resoluciones de la Corte Suprema local que anularon las decisiones del Colegio Electoral provincial de disolverse y cursar despacho al gobernador para que convoque a nuevas elecciones de