

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO. EL CASO DEL RÍO ATUEL

Economic analysis of federalism. The case of the Atuel River

Analisi economica del federalismo. Il caso del fiume Atuel

Ramón Trejo¹

Recibido: 12 de marzo de 2019

Aprobado: 13 de abril de 2019

Resumen: El texto analiza el conflicto entre la provincia de Mendoza y la provincia de La Pampa sobre el aprovechamiento del Río Atuel, a través de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se expidió en dos ocasiones sobre el tema. Se hará hincapié en las notas tradicionales e históricas que caracterizan al federalismo, contrastadas con el paradigma de la sustentabilidad. Para ello se utilizarán las herramientas del análisis económico del Derecho. Asimismo, se formulan reflexiones sobre el acierto de la competencia dirimente de la Corte Suprema y, por último, se señalan los desafíos que plantea el cambio de enfoque sobre el conflicto.

Palabras clave: Federalismo; Río Atuel; Jurisdicción dirimente; Sustentabilidad; Eficiencia.

Abstract: The text analyzes the conflict between the province of Mendoza and the province of La Pampa on the use of the Atuel River, through the jurisdiction of the Supreme Court of Justice of the Nation, which was issued on two occasions on the subject. Emphasis will be placed on the traditional and historical notes that characterize federalism, contrasted with the sustainability paradigm. To do this, the tools of economic analysis of law will be used. Likewise, reflections are made about the correctness of the supreme jurisdiction of the Supreme Court and, lastly, the challenges posed by the change of focus on the conflict.

Keywords: Federalism; Atuel River; Jurisdiction diriment; Sustainability; Efficiency.

Sommario: Il testo analizza il conflitto tra la provincia di Mendoza e la provincia di La Pampa sull'uso del fiume Atuel, attraverso la giurisdizione della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, che è stata emessa in due occasioni sull'argomento. L'accento sarà posto sulle note tradizionali e storiche che caratterizzano il federalismo, in contrasto con il paradigma della sostenibilità. Per fare ciò, verranno utilizzati gli strumenti dell'analisi economica della legge. Allo stesso modo, vengono fatte delle riflessioni sulla correttezza della

¹ Abogado. Magíster en Derecho y Economía. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina y en la Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Secretario Letrado del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Correo electrónico: rtrejo@derecho.uba.ar

giurisdizione suprema della Corte Suprema e, infine, sulle sfide poste dal cambiamento di concentrazione sul conflitto.

Parole chiave: Federalismo; Fiume Atuel; Dirizio di giurisdizione; Sostenibilità; Efficienza.

Para citar este texto:

Trejo, R. (2019). “Análisis económico del federalismo. El caso del Río Atuel”.

Prudentia Iuris, N. 88, pp.

I. Introducción

El sistema federal se sustenta en la existencia de razones políticas para lograr una unidad territorial con el fin de cumplir y asegurar las metas comunes de las entidades que se agrupan y, a la vez, la coexistencia de motivos para promover un gobierno subnacional con otros propósitos, denominados provincias. En la Argentina, el Estado Federal constituye la columna vertebral del edificio constitucional y así se encuentra incorporado en el art. 1º de la Constitución Nacional.

Constitucionalmente, se ha traducido esta circunstancia en un sistema de reparto de competencias en virtud del cual se han asignado algunas al gobierno federal para aquellos fines comunes, y otras a las unidades subnacionales para los objetivos vinculados a la expresión de una voluntad provincial. Ahora bien, la forma específica de asignación de las diferentes competencias ha variado en función de la distinta importancia y tipología de los intereses comunes y del grado de diversidad de las administraciones provinciales², que en muchas ocasiones presentan ciertos déficits en lo relativo a la asunción de responsabilidades por cada una de las partes de la relación federativa, derivados, por lo general, de la dificultad de discernir con claridad a quién corresponde la titularidad y el ejercicio de determinadas competencias³.

En la actualidad se presenta un nuevo reto que atraviesa esta tradición federal: el paradigma de la sustentabilidad. La noción de desarrollo sustentable, producto de la adaptación teórica de este paradigma, ha impactado de lleno tanto en el reparto de competencias territoriales como en la dimensión de los conflictos que se suscitan. Uno de los aportes relevantes de la nueva concepción

² En Argentina, las provincias tienen la competencia constitucional dentro de su territorio de establecer por vía legislativa las normas que hacen al ordenamiento físico y al uso del suelo, fijándole pautas reglamentarias a los Municipios en relación con las restricciones administrativas a la propiedad privada.

³ Arroyo Gil, A. (2019). “El federalismo alemán a comienzos del siglo XXI”. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, Nro. 10, 59.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

de los procesos socioambientales es la idea de concebir al territorio, no como un mero reparto administrativo, sino como un recurso y factor de desarrollo. Este aporte se ha manifestado en la dimensión territorial, inserto en las grandes tendencias marcadas por procesos transnacionales, como pueden ser la globalización económica o la internalización creciente del Derecho, el cual cambia la escala local-nacional de los conflictos.

Con estas nuevas condiciones, las provincias se encuentran ante fuerzas internas y exógenas –otras provincias, nacionales e internacionales– que se dan de cruces con la política ambiental, generando una conflictividad que debe ser resuelta bajo el paradigma de la sustentabilidad, abandonando la visión administrativista. Concomitante a este proceso, la opinión de la ciudadanía es creciente en la formación de un consenso en materia ambiental, cariz participativo que se ha incorporado a la hora no sólo de diseñar políticas públicas, sino además en la discusión en los procesos judiciales, mediante la inclusión de debates en audiencias públicas.

Este cambio de paradigma se vio reflejado con claridad a través de las dos oportunidades donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Suprema) se expidió sobre el conflicto del Río Atuel, y el propósito de este trabajo es analizarlo con ópticas diferenciadas. El conflicto ambiental suscitado respecto del Río Atuel puso en jaque al sistema federal tradicional como forma administrativa de organizar el territorio, extremando las posibilidades de un instituto consagrado para la cooperación intraprovincial, como lo es la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema; y atravesó diversos órdenes normativos, como el Derecho de Aguas, el Derecho Ambiental e inclusive convenios internacionales que se integran como normas operativas en el caso⁴.

El tema es sencillo. La cuenca del Río Atuel se encuentra al sur de la provincia de Mendoza (Mendoza) y noroeste de la provincia de La Pampa (La Pampa) e integra el sistema del Desaguaderos. A lo largo del conflicto, La Pampa se ha quejado sobre los usos hidráulicos que llevó adelante Mendoza, lo que redundó en un menor caudal del río cuando llega a su territorio, con el consiguiente efecto negativo sobre el desarrollo de esa zona. Por el lado de Mendoza, es justamente este argumento –la utilización del río para el riego de la zona sur de su provincia– lo que justifica su actuar. Lo que para Mendoza es una utilización razonable y fuente de progreso, para La Pampa es

⁴ Un aspecto del conflicto para resaltar son las normas utilizadas, ya que se toman los convenios internacionales como fuentes. La Corte Suprema aplica en la segunda sentencia convenios internacionales (“Convenio sobre Diversidad Biológica” –aprobado por Ley N° 24.375– y la “Convención de Lucha contra la Desertificación” –aprobada por Ley N° 24.701–) como si fueran “presupuestos mínimos”, con el mismo carácter de una ley, obligatorios para todos los integrantes de la federación, sean el gobierno nacional, las provincias, las autoridades de la cuenca del Río Atuel.

⁵ Conf. Bojanich Marcovich, E.; Cotta, R.; Pontussi, E. (1980). *El Río Atuel es interprovincial*. Gobierno de la Provincia de La Pampa. El Río Atuel nace en la laguna homónima de origen glaciar y su red de drenaje se extiende desde el Paso de Las Leñas, al norte, hasta el portezuelo de Las Lágrimas, al sur. La superficie de la cuenca abarca una extensión de 3.979 km². Conf. Informe de la Cuenca del Río Atuel, Provincia de Mendoza. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Autoridad Nacional de Aplicación – Ley N° 26.639, diciembre de 2015.

un daño medioambiental, y como externalidad, representa una amenaza no solo para la eficiencia de asignación y la maximización de su bienestar social, sino también un desigual ejercicio del derecho de propiedad. Como corolario, el sentido de la justicia y la imparcialidad pampeanos se vieron ofendidos cuando la sobreutilización del río por parte de Mendoza no fue controlada, acusándoles de “haberles robado el Río Atuel”.

A este conflicto se le dará una particular atención, ya que, por un lado, los daños al medio ambiente representan un conjunto diverso de amenazas para la salud de los ecosistemas de los que dependemos para el sustento o de los que nos preocupamos por alguna otra razón sociológica, histórica o estética, muchas veces difícil de mensurar y en eso se basa el reclamo pampeano⁶. Pero por otro lado, los recursos ambientales (en este caso, un río) no sólo son un elemento del bienestar, sino que son insumos en todos los procesos de producción, y como tales, fuente de progreso como para ser defendidos por parte de Mendoza, algo que no puede satisfacer *a priori* el concepto de eficiencia paretiana⁷. Como resultado, si el bienestar social se maximiza mediante la asignación de recursos con una eficiencia óptima, los recursos ambientales deben valorarse adecuadamente a la luz de los costos sociales marginales totales. Este bien puede ser una hipótesis de trabajo para observar un conflicto que parece interprovincial, pero que examinado en su totalidad, no lo es.

Por lo tanto, se llevará a cabo una reseña de cómo ha sido el abordaje tradicional en materia de reparto de competencias mediante el sistema federal de gobierno (punto II); luego se hará una breve reflexión sobre la utilización del concepto de eficiencia en el federalismo (punto III), para pasar a delinear los aspectos de la competencia dirimente de la Corte Suprema (punto IV). En el punto V se resaltarán las sentencias comentadas y finalmente se realizará una integración de los argumentos, a modo de conclusión (punto VI).

II. La tradición federalista

⁶ Citando a su par norteamericana, la Corte Suprema expresó que “en oposición al proceso ordinario 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 ‘el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es indudable e inmediato, mientras que los beneficios potenciales pueden ser especulativos y remotos’” en “North Dakota vs. Minnesota”, 263 U.S. 365. Citado por la Corte Suprema en el primer caso de “Provincia de la Pampa c/ Provincia de Mendoza”, Cons. 65º, y en la segunda sentencia de 2017 en el consid. 9º, donde expresó que la utilización de aguas compartidas ha sido una frecuente preocupación que motivó la jurisdicción de un Tribunal como árbitro, citando al precedente “Connecticut v. Massachusetts”, 282 U.S. 660 –1931– y “New Jersey v. New York”, 283 U.S. 336 –1931–. Ver supra §IV.

⁷ Si tomamos como eficiente el óptimo desde el punto de vista de Pareto; no sería posible introducir ningún cambio en la solución que permitiera mejorar el bienestar de algún consumidor sin empeorar el de otro (u otros).

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

En oportunidad del nacimiento de Argentina, se debatieron las distintas concepciones sobre cómo organizar el territorio y fue el responsable de que se prolongue casi cuarenta años (1816-1853) el armado institucional de lo que hoy vemos reflejado en la Constitución Nacional. El mismo debate se dio en los Estados Unidos al momento de producirse su independencia de Gran Bretaña, por lo cual, los criollos incorporaron esa experiencia a sus modelos. Estos argumentos trataron al federalismo como un dispositivo en el cual lo primordial fue reducir el costo de monitoreo entre los agentes (los gobernantes elegidos) y el principal (los votantes), y hoy se pueden replantear en el paradigma de la sustentabilidad.

Dado el carácter histórico del sistema federal, se puede afirmar que las provincias primigenias que dieron origen a la Nación Argentina, renunciaron a facultades propias –medidas en costo de oportunidad– para formar un sistema más vasto e integrado que, en el agregado, les proveyó de un mayor beneficio que la pérdida de llevar a cabo por sí determinadas políticas públicas. En el caso argentino, el proceso de formación ha puesto énfasis, por lo general, en especificar un bloque limitado de competencias federales exclusivas y concurrentes con la atribución de competencias residuales –no especificadas, como resalta el art. 121, Constitución Nacional– a las unidades constituyentes⁹.

Ese federalismo aseguró la existencia de varias “voces” locales que podrían estar en contra de la política unificada que llevaba adelante el Estado Nacional, asegurando de esta manera una cercanía con los votantes. La Constitución buscó además el equilibrio en el reparto de competencias entre las provincias¹⁰. La forma clásica estableció que cada provincia fuera capaz de actuar independientemente dentro de su propia esfera de competencias¹¹, aunque no pudo evitar en la práctica que existan solapamientos y superposición entre ellas¹².

⁸ García Mansilla, J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. 1ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis. Los antifederalistas se oponían a la Constitución Norteamericana basándose en que sólo una elite aristocrática estaba en condiciones de competir en un gran distrito electoral requerido para la nación continental. Los demócratas jacksonianos se opusieron a una amplia construcción del poder del Congreso para fundar una infraestructura sobre un terreno similar donde unos “monopolistas” ricos ejercerían un poder desproporcionado en los centros metropolitanos, en el cual el gobierno federal se iría a asentar.

⁹ Wats. R. (2006). *Sistemas Federales Comparados*. Trad. Esther Villadangos. Madrid, Marcial Pons, 136.

¹⁰ Dicho reparto se ve reflejado en las habilitaciones con las que cuenta el Congreso Nacional para legislar, las facultades del Presidente de la Nación y los alcances del Poder Judicial Federal. El trato igualitario a todas las provincias se ve reflejado tanto en la composición de la Cámara de Senadores al establecer un número fijo de senadores por provincia, como en la incorporación de nuevas provincias.

¹¹ Arts. 5º y 123.

¹² Este criterio se extendió a las provincias que se fueron incorporando, dejando de ser territorios nacionales. En tal sentido, la CSJN sostuvo en el caso “Carlos H. Bressani c/ Provincia de Mendoza” (*Fallos*: 178:9) siguiendo a su par norteamericana y su doctrina del “*equal footing*” en “Pollard’s Lessee v. Hagan” 44 U.S. 212 –1845– que ellas son iguales en derechos a sus hermanas históricas.

En materia de aguas, la superposición de facultades ha hecho que sean constitucionalmente asignadas como concurrentes, con la ventaja de que por propia iniciativa de las provincias pueden llevar adelante la política, además de que el gobierno central puede legislar sobre cuestiones comunes a todo el Estado. Esta superposición de facultades –aparte del texto de la Constitución Nacional– se plantea a nivel constitucional local en materia de recursos. Algunas Constituciones locales ratifican expresamente la titularidad de los recursos naturales¹³, hacen mención especial a los cursos de agua¹⁴, uso integral de los recursos hídricos¹⁵, o establecen casos puntuales como el Acuífero Guaraní¹⁶, el Río Bermejo¹⁷, o el del Río de La Plata y el Riachuelo¹⁸. Como corolario, las provincias argentinas son iguales, autónomas –crean su propio derecho– y cuentan con el dominio originario sobre sus recursos naturales, entre los que se encuentran, obviamente, sus cursos de agua. A la vez, le corresponde al gobierno federal de manera exclusiva la reglamentación de la navegación de los ríos interprovinciales –artículo 75 inc. 10, CN–, pero en todo lo demás, son las provincias las que pueden decidir exclusivamente sobre la utilización y el aprovechamiento de esos ríos.

Para resolver los conflictos jurisdiccionales que se puedan suscitar, se incluyó el art. 125, CN, donde las provincias pueden “celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover [...] la construcción de ferrocarriles y canales navegables [...] la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios [...]”.

¹³ Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. de la Const. de la prov. de Corrientes.

¹⁴ Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. de la Const. de la prov. de Corrientes y art. 58 de la prov. de San Luis.

¹⁵ Art. 50 de la Const. de la provincia de Chaco; art. 8° de la Const. de la Ciudad de Buenos Aires; art. 58 de la Const. de la provincia de Corrientes; art. 58 de la Const. de la provincia de San Luis; art. 85 de la Const. de la provincia de Entre Ríos y art. 109 de la Const. de la provincia de Santiago del Estero.

¹⁶ La Const. de la provincia de Corrientes refiere en el art. 58 al Acuífero Guaraní y sus islas que quedan entre sus costas y los canales principales de los ríos Paraná y Uruguay, que la separan de las provincias de Chaco y Santa Fe y de la República Federativa de Brasil y de la República Oriental del Uruguay, respectivamente.

¹⁷ La Constitución de la provincia de Santiago del Estero reivindica en el art. 236 los “derechos inalienables que, por razones jurídicas, geográficas e históricas le corresponden sobre las aguas del Río Bermejo”.

¹⁸ La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires declara que ésta “es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público”. Se asume el compromiso de proteger el uso integral y racional de los recursos hídricos, preservando su calidad; o de promover la “protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos” (artículo 27, inc. 6°).

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

Estos acuerdos permiten resolver los conflictos entre las provincias cuando se susciten problemas en el aprovechamiento de los cursos de agua que comparten entre sí. En caso de no llevar a una solución la CN establece en el art. 127 la jurisdicción *dirimente* de la Corte Suprema, una función más arbitral que jurisdiccional, ya que la competencia contenciosa originaria se encuentra establecida en el art. 117, CN.

III. La eficiencia en el sistema federal

Así como la competencia entre los oferentes de productos y servicios limita la codicia, la teoría del federalismo competitivo postula que la competencia entre los gobiernos, y entre un gobierno y los particulares, constituye un obstáculo significativo al comportamiento de los políticos y burócratas que conforman el gobierno¹⁹.

La eficiencia del sistema federal presenta dos dimensiones para el análisis de la estructura gubernamental: la eficiencia intrajurisdiccional, es decir, la maximización de la utilidad en cada comunidad; y la eficiencia interjurisdiccional, o sea, la asignación eficiente de las personas y del capital a las distintas jurisdicciones del país²⁰. Los costos fijos, los costos de toma de decisiones colectivas y los de administración ponen un límite al número de gobiernos locales que, debido a esos costos, se organizarán para proveer una canasta de bienes.

En cambio, y en esto hacemos especial referencia, la eficiencia interjurisdiccional requiere que las personas y el resto de los factores productivos se asignen eficientemente entre las regiones. En varias situaciones, la libre movilidad no conduce a la distribución eficiente dentro del territorio nacional. La diferencia entre la regulación del uso de las aguas de una provincia a otra, constituye una externalidad en la medida en que lo que se regule en una provincia determinada, afecta a las demás²¹. La posibilidad de internalizar las externalidades interjurisdiccionales es mayor cuanto mayor es el tamaño de la comunidad. Estas externalidades son importantes porque redundarán en tantos derechos sobre el Río como regulaciones locales haya, aunque no debemos olvidar que a una mayor centralización regulatoria –que se da a nivel nacional–, mayor influencia política y burocrática y menor control por parte de la comunidad, hecho que se vio en el primer caso resuelto

¹⁹ Sobre la historia del concepto de *race-to-the-bottom*, Kirsten, H. E. (1997). “State Environmental Standard-Setting: Is There A ‘Race’ And Is It ‘To The Bottom’”. *Hastings Law Journal*, Nro. 48, 271.

²⁰ Porto, A. (Director) (2004). *Disparidades Regionales y Federalismo Fiscal*. La Plata. ULP, 44.

²¹ Cabe recordar que la Constitución Nacional baja los costos de transacción para la libre movilidad dentro del territorio nacional en muchas de sus disposiciones, al eliminar las aduanas internas (art. 9°), garantizar la libre navegabilidad de los ríos (art. 25); la plena fe de todos los actos públicos provinciales (art. 7°); el goce de todos los derechos, privilegios e inmunidades plenos en todo el territorio (art. 8°); libre circulación de bienes y mercancías (art. 10); prohibición de imposición de derechos de tránsito (art. 11); o la igualdad de comercio en todos los puertos (art. 12).

por la Corte Suprema. Si la única función de bienestar social se encuentra asignada a nivel nacional, se niega la autonomía política de las provincias e inclusive puede llegar a impactar negativamente en la participación política local. Una mayor descentralización permite obtener ganancias derivadas de eficiencia económica y de participación política al posibilitar la participación local más activamente, y un mayor control sobre los políticos²².

Pero esta descentralización encuentra una valla en la Constitución Nacional, cuyo art. 14 delega en el Congreso Nacional la regulación de los derechos, por lo cual, la correspondencia local entre regulación y rendición de cuentas únicamente al electorado local está constitucionalmente limitada. La correspondencia perfecta resulta cuando la jurisdicción que determina el nivel de provisión de un bien público incluye precisamente el conjunto de individuos que consumen y financian dicho bien²³. La autonomía local se puede definir en cuanto a la posibilidad de regular todas las aristas de los derechos reconocidos por la Constitución. Su punto máximo (o mínimo) se encuentra cuando el gobierno local puede (o no puede) elegir bases y formas de establecer el goce del derecho. Con ventajas y desventajas, una autonomía local amplia es favorable porque se corresponden las decisiones públicas con su electorado, junto al control del sector público, pero pueden originar trabas a la integración nacional e imponer altos costos de transacción al existir disímiles regulaciones en un espacio territorial común, que representan una externalidad para el resto de la Nación. Con una centralización regulatoria se pueden evitar estos problemas, pero aparece la diferencia entre la correspondencia y los problemas de acción colectiva²⁴.

Si pensamos las implicancias del federalismo bajo el paradigma de la sustentabilidad, este presenta otros problemas²⁵.

En el conflicto planteado, catalogar que los efectos del uso del Río Atuel son “daños” o “externalidades” no es una cuestión de verdad objetiva. Como explica el teorema de Coase²⁶, las

²² Conf. Porto, *ibíd.*, 46. La descentralización promueve las autonomías locales y aloja en ellas esferas de decisión relativas a la regulación del uso de sus recursos. La principal razón para ello es que los oficiales públicos locales responden con su propia responsabilidad, no la pueden diluir tan fácilmente. El propio electorado local influye en los alcances de la regulación y de los recursos, promoviendo una asignación eficiente en los alcances del derecho involucrado, minimizando los costos, y controlando a los políticos y los burócratas que elige.

²³ Oates, W. (1977). *Institutos de Federalismo Fiscal*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local. Así, la forma óptima de federalismo para proveer un conjunto de n bienes públicos locales contiene un nivel de gobierno para cada subconjunto de la población total sobre el cual se define el consumo de cada bien. De este modo, en la medida que cada nivel de gobierno posee un conocimiento completo de los gustos de sus ciudadanos, cuyo objetivo es la maximización de bienestar, se proveerá a nivel Pareto eficiente de cada bien público.

²⁴ Conf. Porto, *ibíd.* nota 21, 49.

²⁵ Sullivan, K. (1989). “Unconstitutional Conditions”. *Harvard Law Review*, V. 102, N° 7, 1413.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

externalidades son recíprocas: si bien se puede decir que Mendoza le impone un costo a la comunidad de La Pampa mediante la utilización del curso de agua, sería tan exacto como decir que La Pampa le impone un costo a Mendoza exigiendo que deje correr las aguas. Y como la Constitución garantiza la elección individual para promover objetivos particulares, en la cual el gobierno debe ser neutral ante las elecciones individuales, el hecho de que los resultados beneficien a un grupo no puede ser considerado como una reglamentación razonable²⁷. En este caso, cualquier decisión que tome el Gobierno central implica tomar partido por alguna de las provincias –y sus habitantes– y, por lo tanto, arbitraria para unos u otros.

Para Mendoza, la utilización del Río Atuel en la zona de Alvear ha generado un desarrollo altamente beneficioso para sus pobladores, es decir, se transformó en un bien público, creció en muchos aspectos y logró la radicación de sectores productivos. Por el contrario, La Pampa ha visto cómo sus municipios se fueron despoblando ante la falta de uno de los recursos esenciales para la producción como lo es el agua. Esta situación ha sido llamada por Tiebout “votar con los pies”²⁸, y explica la movilidad de los agentes como una revelación de las preferencias por el consumo de bienes públicos locales²⁹. En ciertas circunstancias, las decisiones individuales de emigrar hacia una comunidad particular –de una provincia a otra– revelan cómo el individuo valúa los servicios provistos por la comunidad al costo promedio de la comunidad de proveer esos servicios³⁰. Esto trae como consecuencia un dilema que, en términos de Olson, podríamos llamar de equivalencia fiscal, en la medida en que no hay una relación entre el beneficio y su costo³¹. El problema de equivalencia

²⁶ Coase, R. (1960), “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economic*, 1-44. El desarrollo del teorema de Coase que he utilizado en este punto, lo he tomado de Demsetz, H. (1967). “Toward a Theory of Property Rights”. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Mayo, 347-359.

²⁷ Tushnet, M. (1985). “Federalism and the Traditions of American Political Theory”. *Georgia Law Review*, Nro. 19, 981.

²⁸ Cashin, S. D. (1999). “Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities”. *Columbia Law Review*, Nro. 99, 552.

²⁹ El problema es aún más difícil si se supone que los ciudadanos tienen diferentes niveles de preferencias para los diferentes bienes públicos. Entonces, los bienes públicos deben ser proporcionados por los municipios en los casos de superposición de los límites que se pueden individualizar (bomberos, policía, educación, etc.). El ciudadano emigrará a la intersección de los municipios que ofrecen conjuntamente la mezcla ideal de los bienes y derechos. Cooter, R. y Ullen, T. (1998). *Derecho y Economía*- México. FCE, 475-480.

³⁰ Si los gobiernos locales compiten por los residentes, un sistema descentralizado de gobiernos locales puede impedir la redistribución de los ingresos: los ricos pueden aislarse en sectores de riqueza a través de zonas de exclusión y evitar el pago de los impuestos que se utilizan para proporcionar beneficios a los pobres. Conf. Branfman, Cohen & Trubek (1973). “Measuring the Invisible Wall: Land Use Controls and the Residential Patterns of the Poor”. *Yale Law Journal*, Nro. 82, 483, 500-03.

³¹ Olson, M. (1969). “The Principle of ‘Fiscal Equivalence’: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government”. *The American Economic Review*, V. 59, N° 2, 479.

fiscal requiere un compromiso, algo desordenado, entre la creación de un número de jurisdicciones que negocian imperfectamente las externalidades que se imponen mutuamente y un número pequeño de jurisdicciones que no son genuinamente competitivas³².

Al presentarse entonces el conflicto, debe ser resuelto ante una instancia que sea equidistante en la formulación de una política regulatoria y la Constitución ha establecido para ello la jurisdicción *dirimente* de la Corte Suprema.

IV. La jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema es el único órgano judicial creado por la Constitución Nacional, cuya composición y remoción es distinta a la de los demás tribunales *inferiores*. Sus funciones jurisdiccionales son privativas y se encuentran establecidas en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, sin que los demás poderes constitucionales puedan arrogarse las mismas funciones.

Ahora bien, por razón de los sujetos en conflicto –provincias iguales entre ellas–, la Constitución Nacional le otorga una función arbitral, distinta a la competencia *sobre puntos regidos por esta Constitución* –art. 116, CN– y lo hace en instancia originaria³³.

Dado el carácter de *Suprema*, las interpretaciones que realiza la Corte son *inales*³⁴, dan por terminados los conflictos, y particularmente en la materia que aquí se trata, no existe otro órgano de instancia superior dentro de la estructura estatal argentina. Esto conlleva a que las reglas que impregnan el sistema federal también se hallen subordinadas, y donde la Corte Suprema juega un rol fundamental en la relación federal como garante de la Constitución Nacional, propiciando un

³² La competencia entre los gobiernos estatales y locales para negocios e industria es intensa y es parte del trasfondo del conflicto. Las provincias y los municipios ofrecen una amplia variedad de incentivos para atraer empresas a sus jurisdicciones, tales como las exenciones impositivas o reducciones del impuesto a la propiedad, la financiación de bonos industriales, el suministro de sitios desarrollados en los parques industriales, por debajo del valor de mercado de las ventas o donaciones directas de tierra, mejoras de infraestructura, el aflojamiento de las restricciones reguladoras, las subvenciones a la hipoteca y la casa para los empleados. La competitividad de este mercado “para el empleo” se pone de manifiesto no sólo por los actos extremos que gobiernos estatales y locales están dispuestos a hacer para atraer negocios, sino también por las actitudes de los funcionarios estatales y locales, tornándose su conducta en una verdadera estrategia.

³³ Conf. Bidart Campos, G. y Sandler, H. (coord.) (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires. Depalma.

³⁴ Cabe aclarar que esta función no surge expresamente de ningún artículo de la Constitución; sin embargo, surge implícitamente de la estructura general de la Constitución Nacional que la erige como “suprema” (arts. 53, 59, 75 inc., 20, 99 inc. 4°, 108, 110 a 113, 116, 117 y 127) y ha sido, desde sus orígenes, la postura tomada por la Corte al autocalificarse como “intérprete final de la Constitución” y “supremo custodio de garantías constitucionales” (CSJN, “Pérez de Smith”, *Fallos*: 297:338).

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

arreglo pacífico, que asegure la disminución de los costos que implica la celebración de todo acuerdo interjurisdiccional. Los pactos, acuerdos o tratados que se celebran para la coordinación de las potestades compartidas exigen ineludiblemente la presencia de un tercero imparcial e independiente que dirima los inevitables conflictos que este sistema lleva ínsito. Como advirtiera Madison, “compartir poderes significa una permanente controversia”³⁵.

En su faz política³⁶, el art. 127 le confiere a la Corte Suprema competencia en asuntos que no son judiciales, sino conflictos derivados de la *unión* nacional y la *paz interior* consagrada en el Preámbulo³⁷. Les prohíbe a las provincias declarar o hacer la guerra, potestad reservada al Poder Ejecutivo con autorización del Congreso y *somete* sus quejas a la Corte Suprema³⁸. No son *causas* entre las provincias entres sí, lo que habilitaría la competencia originaria del art. 117, CN, sino que viene a ser una función de negociación para arreglar controversias, un tribunal arbitral con distintas reglas que las gobernadas por el Derecho Público, sin perjuicio de respetar sus reglas procesales y en la cuales la Corte tiene “amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio”³⁹. Por este motivo, se requiere que se otorguen a la Corte Suprema amplias facultades para determinar el derecho aplicable, lo que la Corte norteamericana llama “*common law* federal”. No se discute el respeto de sus actos a la Constitución, sino que toma en cuenta a las provincias como órganos constituyentes determinantes de la creación de la propia Constitución. En esta instancia, las provincias se reservaron un espacio de discusión que evite la guerra intestina previa a la conformación de la Argentina, cuyos actos son calificados de sedición o asonada, y erigiendo a la Corte Suprema como un órgano neutral, de arbitraje. Si no se acude a esta instancia conciliadora, se habilita la intervención federal dispuesta en el art. 6º, CN, en tanto garantía federal de las autoridades locales, “para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o

³⁵ Putnam, R. (1994). *Cómo hacer que la democracia funcione*. Venezuela. Galac, 57.

³⁶ Spota, A. A. (1990). “La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado”, *La Ley*, T. B, 979. Expresa el autor: “Los tres supuestos que habilitan el recurso extraordinario muestran bien claro, que ese recurso no tiene por objetivo ‘hacer justicia’ sino obligar a respetar la distribución de competencias entre lo federal y lo local, para así mantener la unión nacional [...] importa un verdadero medio político para cuidar la distribución de competencias entre lo federal y lo local, y así preservar la Unión. Así vemos, en profundidad, el poder político reservado a la Corte Suprema, que tiene por ‘telos’ mantener la unión nacional”.

³⁷ CSJN, *Fallos*: 178:9: “La Constitución quiso hacer un solo país para un solo pueblo, pero no en forma de Nación centralizada, sino que ha fundado ‘una unión indestructible de Estado indestructibles’”.

³⁸ En una interpretación de la Constitución a la luz de los hechos actuales, las “quejas” y “hostilidades” no son precisamente ataques armados, sino más bien aquellas contiendas políticas y económicas entre las provincias, que diluyen los principios federales de respeto, cordialidad y buena fe, poniendo en serio peligro la relación federal.

³⁹ CSJN, *Fallos*: 166:356. Dictamen del Procurador General.

por invasión de otra provincia”, inclusive en el terreno económico, por aplicación estricta del art. 75, inciso 18⁴⁰.

La aplicación de esta competencia parte entonces del hecho crucial de la igualdad interprovincial y, por tanto, ninguna puede imponerse sobre las demás, de allí que se consagre la instancia dirimente del art. 127, ya que “si los dos Estados fueran naciones absolutamente independientes, sería fijada por un Tratado o por la fuerza”⁴¹, a la vez que constituye el principio rector que debe presidir las decisiones de la Corte Suprema: “[...] la norma cardinal que rige las decisiones de la Suprema Corte en las controversias entre Estados es la misma que controla los fallos de los Tribunales Internacionales, a saber, la de la igualdad de derechos entre las partes contendientes. El Alto Tribunal, como un Tribunal Internacional, debe arreglar de tal manera que reconozca los derechos iguales de ambas partes, y a la vez, establezca justicia entre ellas”⁴².

A la vez, la materia sometida a análisis en este tipo de jurisdicción coloca a la Corte Suprema en el medio de los posibles conflictos que puedan surgir con “amplias facultades para determinar el derecho aplicable”, aunque se deduzcan en forma de demanda judicial y con los requisitos de ésta, como ha dicho la Corte Suprema en el caso “Gobernador de la Provincia de Mendoza c/ Provincia de San Juan”⁴³, y no precisan que se funden en el Derecho común. Es así que los elementos normativos que nutren su análisis involucran no sólo el Derecho derivado de la Constitución Nacional, sino que incluye al Derecho Comparado Medioambiental⁴⁴. Con cita al Tribunal norteamericano, expresó que en estos casos se plantea un daño o gravamen a la capacidad cuasi-soberana de una provincia, 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 que la Corte ejerza su extraordinario poder para juzgar la conducta de un Estado

⁴⁰ Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T. IX. Buenos Aires. Plus Ultra, 804. El art. 75, inciso 18, establece que corresponde al Congreso “Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] promoviendo [...] la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

⁴¹ “Kansas v. Colorado”, Linares Quintana, S. Ob. cit., 811.

⁴² Linares Quintana, S. Ob. cit., 812.

⁴³ *Fallos*: 165:83. La Corte, citando el anterior art. 109 de la Constitución, hoy 127, sostuvo que “no estableciéndose la presente queja en la forma establecida por la ley de procedimientos nacionales, que esta Corte considera aplicable a toda clase de contiendas, ya que no existe establecida por ley del Congreso una especial para el presente caso, es decir, como una demanda judicial y con los requisitos de esta, único medio de que este tribunal pueda ejercitar la jurisdicción originaria que le confieren los artículos 100, 101 y 109 de la Constitución Nacional y artículo 1º de la Ley Nº 48”.

⁴⁴ De todas formas, de la primera sentencia emitida por la Corte Suprema a la segunda, se puede observar claramente la irrupción de la materia ambiental en los aspectos de la jurisdicción dirimente, que incluyó audiencias públicas, presentación de *amicus curiae* y terceros, alejándose estrictamente de un conflicto provincial bilateral.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

demandado por otro, la lesión a esos derechos amenazados debe ser de seria magnitud y establecida por una prueba clara y convincente⁴⁵.

En el sistema de la Constitución, el arbitraje *está impuesto* a las provincias o “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”⁴⁶.

Respecto al art. 127, sostuvo que “la atribución dada a este Tribunal tiende a resolver los conflictos entre Estados por diferencias de orden político, o sea, aquellas que no tienen solución dentro de cada provincia y con los resortes de gobierno organizados por la misma, de suerte que ya no es el caso de amparar la autonomía de las provincias, que es el fundamento de la doctrina mencionada”, pues “ello saldría de la órbita de su competencia, invadiendo los poderes reservados a los tribunales provinciales”⁴⁷.

Las “quejas” que menciona el art. 127 pueden referirse a la violación del derecho a la existencia, a la igualdad, a la indestructibilidad, a la integridad territorial, al respeto recíproco y a la cortesía institucional de las provincias “que pueden llevar a la guerra entre ellas, no sólo por la fuerza de las armas sino también en el campo económico”⁴⁸. Pueden manifestarse en la determinación del aprovechamiento del caudal de un río interprovincial o en cuestiones sobre libre circulación de personas o bienes, entre otros; son, en definitiva –al decir de Sagüés–, actos contrarios a la cortesía interprovincial o de diferencias de programas políticos que pueden perjudicar a otra provincia⁴⁹.

Debemos resaltar que las relaciones entre las provincias –paridad– no son de la misma naturaleza que las relaciones entre las provincias y el Estado Nacional. En las relaciones Estado Nacional-provincias, no debemos olvidar que existe, por imperio de la Constitución Nacional, un deslinde de competencias, que en casos de conflictos prima el *interés federal* en razón de que sin desconocer la posición que ocupan las provincias en el régimen constitucional, “[...] deben observar una conducta que no interfiera, ni directa ni indirectamente, la satisfacción de servicios de interés público nacional, con independencia de los defectos transitorios de su prestación. Las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación toda”⁵⁰.

⁴⁵ Del caso “North Dakota vs. Minnesota”, citado *ut supra* nota §5.

⁴⁶ Bielsa, R. *Derecho Constitucional*. T. II, 795, citado por el Juez Fayt, Cons. 3º en el primer fallo “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza” (voto en disidencia), ver *ut supra* § Capítulo V.

⁴⁷ CSJN, “Díaz Vélez c/ Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*: 166:356, del 25/11/1930.

⁴⁸ Linares Quintana, S. Ob. cit., 815.

⁴⁹ Sagüés, N. P. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. 3ª ed. T. 2. Buenos Aires. Astrea, 35.

⁵⁰ CSJN, “Provincia de Misiones c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 263:437 (1965).

V. El caso del Río Atuel, irreductible a una disputa provincial

a. La primera vez que se expidió la Corte Suprema en “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”⁵¹

En la primera oportunidad que la Corte Suprema dirimió en el conflicto, La Pampa reclamaba un uso razonable del caudal del Río Atuel por parte de Mendoza, impedido por la realización de un dique construido por esta provincia, solicitando se condene a la demandada 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.

Basó su pedido en el principio de igualdad provincial que tuvo al momento de ser provincializada⁵² y, en razón de ello, expresó que las relaciones se debían regir por las formas y principios del Derecho Internacional Público, entre los cuales se encuentra el de no usar abusivamente un derecho alterando las condiciones de un recurso natural, hecho que había llevado a cabo Mendoza, ya que utilizaba las aguas del Río Atuel en forma irracional y deficiente sin respetar los principios de buena fe, que hacen a las buenas costumbres entre los vecinos⁵³. Por su parte, Mendoza alegó que mediante la Ley Nacional N° 12.650 y un contrato celebrado con el Gobierno Federal el 17 de junio de 1941 –cuando La Pampa era aún Territorio Nacional–, se le concedía el aprovechamiento exclusivo del Río.

La Corte Suprema declaró en esa oportunidad que el Río Atuel era interprovincial y que el acuerdo de 1941 celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Mendoza no tenía efecto vinculatorio para La Pampa; rechazó la acción posesoria promovida por La Pampa⁵⁴ y las pretensiones de que se

⁵¹ CSJN, “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 310:3520.

⁵² Mediante la Ley N° 14.037, en 1951, La Pampa dejó de ser un Territorio Nacional, administrado por el Gobierno Federal, y logró el estatus de Provincia.

⁵³ Mediante la Res. N° 50/49, dictada por la empresa Agua y Energía Eléctrica, en el marco de la Ley Nacional N° 13.030 –por la cual la Nación tenía jurisdicción sobre cuencas interprovinciales–, se ordenó a Mendoza tres sueltas anuales de agua para evitar el desecamiento de la región, que nunca se cumplió y motivó un airoso reclamo de los pobladores de La Pampa. Se llevaron a cabo asambleas populares, notas, reclamos, solicitudes en apoyo cuando todavía era un Territorio Nacional. Uno de los argumentos esgrimidos era que Mendoza era Provincia y La Pampa no, lo que redundaba en una desventaja en la negociación, principalmente que el propio Gobierno Nacional había financiado la construcción del dique El Nihuil. En el año 1973 surgió la Comisión Pampeana de Defensa de los Recursos Hídricos.

⁵⁴ Por ser disposiciones del Derecho Privado inaplicables a este tipo de causas. En este sentido, argumentó que “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; *Prudentia Iuris*, N° 88, 2019, págs

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, pero exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río en disputa, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

En esa oportunidad, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de precisar el alcance la función dirimente, “[...] la índole de estas quejas, el sentido de su decisión por ella y los medios conducentes a esa decisión”⁵⁵, constituyendo un precedente en materia de ese tipo de jurisdicción, el cual fue “afortunadamente muy poco frecuente”, en donde tiene “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”⁵⁶. Con cita a Joaquín V. González, sostuvo que los conflictos interprovinciales podían comprometer la tan trabajosa unidad nacional y su competencia tiene su razón de ser en impedir que, apelando a las armas, se disolviese el vínculo federativo⁵⁷ y 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)”⁵⁸. Expresó que “la jurisdicción está limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático”⁵⁹, al igual que la doctrina sostenida

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”, Cons. 72.

⁵⁵ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, voto en disidencia del Ministro Fayt.

⁵⁶ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 61.

⁵⁷ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 62.

⁵⁸ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Consid. 63. El voto en disidencia del Juez Fayt, con cita de Montes de Oca, expresó: “[...] 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 discutir las 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 [...] (Manuel A. Montes de Oca. ‘Lecciones de Derecho Constitucional. T. 2, 455)’ (Cons. 5º, párr. 5º).

⁵⁹ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 65º.

por la Corte norteamericana al momento de interpretar una cláusula similar a la nuestra⁶⁰. Para ello, la Corte Suprema realizó una reconstrucción de los orígenes del art. 127, CN, recorriendo al precedente constitucional norteamericano señalado⁶¹. La igualdad administrativa se puso en el tapete, en razón de que si bien no conllevaba una igualdad económica⁶², se veía reflejada en la adjudicación de estas causas a la Corte Suprema⁶³.

En su voto en disidencia, sostuvo el Juez Fayt: “[...] 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”⁶⁴, aclarando que “dirimir no es juzgar”, sino “[...] ajustar, fenecer, componer una controversia (Academia)”⁶⁵.

Velando por los intereses de cuasi-soberanos de las provincias, la Corte Suprema extremó la prudencia judicial en adjudicar los derechos de los Estados y llevar a cabo una negociación⁶⁶ que involucre una resolución pacífica por medio de acuerdos celebrados de buena fe entre estos y mediante una cooperación plena y amistosa entre los Estados⁶⁷. Estos han de reflejar la *buena voluntad* y no han de encubrir una mera formalidad. No podría reducirse a exigencias puramente formales, como la de tomar nota de las reclamaciones, protestas o disculpas presentadas por un Estado y que “consisten no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más

⁶⁰ Ver cita infra nota §5. Expresó la Suprema Corte Norteamericana, en “North Dakota vs. Minnessota”, que esa jurisdicción “es mucho más de naturaleza política y diplomática que judicial” y que “la jurisdicción y el procedimiento ante esta Corte en las causas entre Estados difiere de los casos de demandas entre particulares [...] 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. Jurisdicción [...] limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático [...] ante un daño o gravamen a su capacidad cuasi soberana” (263 U.S. 365).

⁶¹ CSJN, “Provincia...”. Agregó el Juez Fayt a la Constitución de Nueva Granada entre los antecedentes. *Fallos*: 310:3520, Cons. 5º del voto en disidencia de Fayt.

⁶² CS USA (339 U.S. 706), citado por la Corte Suprema en “Provincia...”, Cons. 82.

⁶³ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 62. La cita pertenece a Joaquín V. González. Sostenía este autor 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”. Conf. González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*, 632, citado en el cons. 5º, párr. 6º del voto en disidencia del Juez Fayt.

⁶⁴ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 2º del voto en disidencia del Juez Fayt.

⁶⁵ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:3520, Cons. 5º del voto en disidencia del Juez Fayt.

⁶⁶ CSJN “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 67.

⁶⁷ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 134, párr. 4º. Segundo Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua (año 1980), del relator especial de la C.D.I., Schwebel, Stephen M.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

lejos posible con miras a concertar acuerdos, aun cuando la obligación de negociar no implica la de llegar a un acuerdo”⁶⁸.

Con estas premisas, la Corte Suprema exhortó *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 sentencia⁶⁹, entre ellos, que la “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”⁷⁰.

b. La segunda oportunidad de “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”⁷¹

A pesar de la sentencia de la Corte Suprema, es de esperar que un conflicto de tan larga data no se solucione de un día para otro, sino que encuentre un cauce cooperativo en el problema común, algo que no sucedió⁷².

Tanto es así que, años más tarde, La Pampa volvió a presentarse ante la Corte Suprema, quejándose del incumplimiento de la sentencia antes comentada y en la cual expresó la desobediencia por parte de Mendoza, además de reclamar que se realicen obras para asegurar que llegue el caudal adecuado del Río Atuel a La Pampa, sumando en el reclamo la reparación del daño colectivo que se originó con la práctica de Mendoza.

Cabe señalar que entre ambos casos se suscitaron acuerdos y se realizaron múltiples presentaciones vinculadas con la ejecución de la sentencia. En 1989 se firmó el Protocolo de Entendimiento Interprovincial⁷³, en 1992 se suscribió un Convenio entre ambas provincias⁷⁴, y en 2008 se

⁶⁸ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, Cons. 134. Resolución de la C.P.J.I. en el caso del Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, Serie A/B, n° 42, 1931, p. 116.

⁶⁹ *Ibid.* nota anterior.

⁷⁰ CSJN, “Provincia...”, *Fallos*: 310:2520, cons. 134.

⁷¹ CSJN, “*La Pampa, Provincia De C/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas*”, *Fallos*: 340:1695.

⁷² Señalado como una *guerra sin fin*. Conf. <https://www.lanacion.com.ar/2105479-guerra-sin-fin-por-el-rio-atuel-la-pampa-y-mendoza-no-llegan-a-un-acuerdo-por-el-caudal> (acceso: 2-3-2019). En igual sentido, los pobladores del General Alvear señalaron el “robo” del río, <http://losandes.com.ar/article/view?slug=alvear-preparan-abrazo-simbolico-para-reclamar-por-el-rio-atuel> (acceso: 2-3-2019).

⁷³ En esta oportunidad se creó la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) con el objeto de ejecutar acciones tendientes a lograr una oferta hídrica más abundante que permitiera la creación de nuevas áreas bajo riego y el restablecimiento del sistema ecológico fluvial del curso inferior del río.

acordaron obras donde intervino además el Gobierno Nacional⁷⁵. En el camino, además se presentaron acciones ante la Corte Suprema por parte de vecinos de La Pampa⁷⁶ y actores de la sociedad civil⁷⁷.

En el aspecto resolutivo, en este nuevo pronunciamiento la Corte Suprema ordenó a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de La Pampa (pto. II del resolutorio); que en forma conjunta con el Estado Nacional elaboren y presenten en ciento veinte (120) días un *programa de ejecución de obras* (pto. III del resolutorio), exhortando a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la CIAI (pto. IV del resolutorio)⁷⁸.

En este caso, para evitar el *non bis in idem*, la Corte Suprema determinó el conflicto incorporando nuevos elementos fácticos y jurídicos que no existían en 1987, entre los que señaló la incorporación de “derechos de incidencia colectiva”, género del cual el “ambiente” resulta ser una especie expresamente reconocida en el art. 43, CN⁷⁹.

Al introducir el bien jurídico “ambiente”, cambió el enfoque administrativista que primó en el caso judicial de 1987, ya que aparece como “bien colectivo”, de “pertenencia comunitaria”, de “uso

⁷⁴ En este Convenio, Mendoza se comprometía a entregar el caudal necesario de agua potable para satisfacer la demanda de uso humano de Santa Isabel y Algarrobo del Águila hasta un máximo de 6000 habitantes.

⁷⁵ El Acuerdo entre los gobernadores provinciales y los ministros nacionales del Interior y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (del 7-8-2008), donde se previeron obras para incrementar la disponibilidad de agua del río y distribuir los volúmenes por partes iguales entre ambas provincias. Este acuerdo fue ratificado por la Legislatura pampeana mientras que la Legislatura mendocina no lo ratificó.

⁷⁶ “Palazzani, Miguel Ángel c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”. CSJN 732/2010 (46-P) ICS1. Esta causa se inició por el Sr. Miguel Á. Palazzani en su condición de “afectado” y de vecino de la provincia de La Pampa, por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43, CN, y 30 de la Ley N° 25.675 General del Ambiente, contra la provincia de Mendoza, a fin de que se le ordene que cese en las actividades generadoras de la disminución del caudal fluvial ecológico del Río Atuel Inferior y que adopte en un plazo razonable las medidas pertinentes que garanticen el uso equitativo de sus aguas respecto de los habitantes pampeanos.

⁷⁷ Fueron presentadas por la “Fundación Chadileuvú - Movimiento Popular Pampeano para la Defensa de Nuestros Recursos Hídricos y Ecosistemas (FUNCHAD)” y la “Asociación Civil Alihuen (árbol de pie)”.

⁷⁸ CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695. Resolutorios del voto mayoritario.

⁷⁹ CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695. En el consid. 5° establece “que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del Río Atuel –que ha sido calificado como interprovincial–, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3-12-1987 (*Fallos*: 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994”. No es la primera vez que la Corte Suprema justifica el cambio de su jurisprudencia a partir de la reforma Constitucional operada en 1994, ver el caso “Arriola”, *Fallos*: 332:1963, especialmente consid. 16. De allí que en el resolutorio rechace la oposición realizada por Mendoza de “cosa juzgada”.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

común” e “indivisible” y que no depende de ambas provincias, sino que comprende a una región y excede a las partes, inclusive, al mismo concepto de “queja interprovincial” enmarcada en el art. 127, CN⁸⁰.

De esta forma, centró su visión en el Derecho Ambiental como bien jurídico colectivo, compuesto por sistemas más allá de los bienes individuales que lo integren, destacando que la controversia del Río Atuel no se reduce al reclamo de las ONG en instancia originaria. Quedó rezagada la visión administrativista que otrora había dado origen al federalismo. No se trata de un conflicto entre las provincias o las personas que allí habitan, irreductible al marco procesal resuelto en la sentencia de 1987 o de acuerdo a los acuerdos interprovinciales, sino en *ecosistemas*, en el cual el caudal del río es una parte no reducida al interés de los que participan en el litigio, sino de las generaciones futuras.

c. El cambio en la segunda oportunidad, ¿un federalismo ambiental, cultural?

¿Hay, o puede haber, un federalismo cultural? Esta pregunta formuló el maestro Bidart Campos con motivo de la reforma constitucional de 1994⁸¹. La Corte Suprema zanjó esas dudas al describir el sistema federal como un *sistema cultural de convivencia*, una práctica, un modo de desenvolverse, que *debe ser ponderado como una interacción articulada* de los principios de *lealtad federal o buena fe federal*⁸². Es una *funcionalidad* en plena evolución. La alusión al federalismo como una funcionalidad común resalta algo evidente: cuando los recursos compartidos se vuelven escasos, se apodera una dinámica conocida como la tragedia de los bienes comunes⁸³. Debido a que, por definición, Mendoza no soporta el costo marginal total del uso del Río Atuel, tiene un incentivo para un consumo excesivo. Al no haberse definido con claridad los derechos de uso sobre el Río entre la primera sentencia y la última, el consumo excesivo resultante dejó a La Pampa en una situación peor que la que hubieran tenido si hubieran acordado una división de recursos adecuada de las aguas, en un juego de suma cero. El argumento centrado en *metas comunes, bien común general, en colaboración mutua*, pone al concepto de “Estado ambiental de Derecho” en el centro de la escena, tomando como fuente del Derecho los convenios internacionales en la materia.

⁸⁰ La Corte Suprema reitera la calificación del ambiente como bien colectivo, indivisible, de uso común, y pertenencia comunitaria, efectuada en el marco de la causa “Mendoza-Riachuelo”, *Fallos*: 331:1622.

⁸¹ Expresaba: “¿Hay, o puede haber, un federalismo cultural? ¿La reforma constitucional de 1994 nos da pie para contestar, aunque sea a modo de balbuceo, afirmativamente? ¿Y si hay un federalismo cultural, qué significa ello en perspectiva constitucional? ¿Podemos hacer un hilván entre federalismo y cultura?”. Bidart Campos, G. (2004). “¿Un federalismo cultural?”. *A 10 años de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

⁸² CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, consid. 6°.

⁸³ El desarrollo del tema inaugurado por G. Hardin lo he tomado de Ostrom, E. (2009). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México. Fondo de Cultura Económica.

El federalismo cultural así inaugurado, al derribar la concepción meramente administrativa, pone en la misma línea la salud de los ecosistemas con los que no tenemos conexión física directa en el cálculo de utilidad. Las personas ajenas al conflicto político del Río Atuel que nunca lo utilizarán valoran su conservación. Del mismo modo que las violaciones de Derechos Humanos son importantes para aquellos cuyos derechos no se violan, un desprecio total por el impacto en los ecosistemas puede llevar a concluir en un fracaso del Estado al haber perdido su derecho a una política ambiental soberana. En el contexto actual sobre el federalismo ambiental, este argumento de “fracaso del Estado” no es una preocupación académica de algunos juristas, sin que esto signifique abogar por una mayor sensibilidad popular a los daños ambientales físicamente distantes, sino que tales daños figuran cada vez más en las evaluaciones de utilidad y desutilidad, no sólo para los habitantes de La Pampa y Mendoza. La interconexión de la vida moderna es mucho más extensa y compleja de lo que sugiere un enfoque simplista sobre los impactos de la contaminación dentro del espacio físico inmediatamente compartido o las fronteras provinciales estrechamente definidas. A medida que las personas se consideran a sí mismas como parte de una comunidad ecológicamente definida, también se definen a sí mismas como una comunidad política, en ocasiones, en mayor medida de lo que exigiría la mera interdependencia física.

El análisis de una escala óptima de la regulación ambiental debe reflejar este hecho. La existencia de valores compartidos es lo que define a una comunidad en la que no existe una línea clara entre “nosotros” y “ellos” o “mendocinos vs. pampeanos”, ello “[...] porque los conflictos ambientales no coinciden con divisiones políticas o jurisdiccionales [...]”⁸⁴. A medida que se reconoce la interdependencia en una dimensión y la comunidad política se redefine en consecuencia, esa misma redefinición creará dimensiones adicionales de interdependencia. El fortalecimiento de la comunidad política conduce a proyectos comunes no económicos, como la protección del medio ambiente, que hacen posible una integración “más profunda”. En ciertos aspectos importantes, la biosfera no puede subdividirse y el Río Atuel muestra que la interdependencia ecológica es un hecho que exige un programa integrado de protección ambiental a través de las fronteras provinciales, y un fracaso en la negociación bilateral provincial. Dados estos elementos de identidad comunitaria, una presunción a favor de una regulación ambiental descentralizada no puede justificarse porque prejuzga la cuestión crítica de la comunidad política relevante en relación con el problema ambiental en cuestión. La existencia de la gestión de recursos compartidos, los problemas ambientales de diferentes escalas y de las comunidades de interés de distintos tamaños hacen evidente el caso de una jerarquía reguladora diversa de un Gobierno Central⁸⁵. Finalmente, aunque

⁸⁴ CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 13.

⁸⁵ Cohen, J. E. (1995). “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, N° 199, 307.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

no es menos importante, un aspecto para agregar es el marco formal indefinido. En el caso, la Corte Suprema utiliza en la sentencia convenios internacionales en materia de diversidad biológica y de lucha contra la desertificación como si fueran “presupuestos mínimos”⁸⁶ y lo hace dentro del marco propio de la competencia dirimente. Esto puede ocasionar una dispersión normativa mayor que confunda aún más el problema e infunda a las partes a ampliar el marco de pretensiones contrapuestas.

Si bien la primera sentencia fue valiosa al calificar al Río Atuel y su cuenca como interprovincial, la sentencia del año 2017 se centró en la *recomposición del ecosistema* afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa y la forma de hacerlo es, en sentido concreto, dejar pasar más agua para La Pampa o, lo que es lo mismo, dejarlo en su estado original⁸⁷. Empero, este tipo de conflictos escapan a las potestades regulares de los jueces y no siempre encuentran solución en las leyes. Ante ello, la misma Constitución Nacional establece algunas guías: “[...]” 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”⁸⁸.

Como señalamos, es difícil de imaginar que un conflicto de tan larga data se defina en un solo marco de discusión, pero lo que cabe remarcar es que se ha redefinido la materia de discusión y el universo del conflicto⁸⁹.

VI. Reencauzando la discusión. Conclusión

El cambio de argumentación para referirse al manejo del conflicto evidencia que el territorio ambiental no coincide con el territorio político o jurisdiccional, y en razón de ello se define como unidad de gestión a la cuenca hídrica.

La falta de un acuerdo en común, en razón de no haberse delimitado con exactitud los derechos de uso sobre el Río Atuel, llevó a fallas directas del sistema federal, ya que Mendoza aprovechó la

⁸⁶ CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 12. Esta tesis se traduce en la obligación activa del Estado nacional de “destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del Río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región”.

⁸⁷ El caudal ecológico nace en EE. UU., donde se lo denominó *instreamflow*. Se trata de un caudal que permita el desarrollo de las funciones del ecosistema fluvial, y eso es lo que ha recibido diferentes nombres: caudal de mantenimiento, caudal mínimo, caudal ambiental, caudal reservado, caudal regulado.

⁸⁸ CSJN, “La Pampa, Provincia...”, *Fallos*: 340:1695, Consid. 4°.

⁸⁹ Posteriormente, la Corte Suprema emitió otro acuerdo sobre el cumplimiento de la segunda intervención, en razón de no haberse cumplido en el plazo estipulado un acuerdo entre ambas provincias y el Estado Nacional. CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, *Fallos*: 341:560.

confusión normativa para utilizar el curso de agua a expensas de La Pampa. La necesidad de una acción colectiva para responder a esta dinámica de *dilema de los prisioneros* en la segunda intervención de la Corte Suprema se comprende bien y representa un fuerte argumento para la intervención de la competencia dirimente de la Corte Suprema⁹⁰. La presencia de un daño interprovincial exige alguna forma de acción gubernamental general en todo el alcance del daño. La falta de un mecanismo autónomo para facilitar la acción colectiva entre las jurisdicciones cuyos destinos están vinculados ecológicamente conduce a una dinámica de tragedia comunal con la consecuente pérdida de bienestar e infracciones a los derechos de propiedad⁹¹. Por lo menos, las jurisdicciones que comparten la cuenca, un recurso o problema ambiental deben establecer un proceso para aclarar el alcance de los derechos de propiedad en cuestión, así como las reglas y los procedimientos para permitir que estos derechos se intercambien a bajo costo. Tal estructura requiere cierto grado de centralización, algo que la competencia dirimente de la Corte Suprema puede reencauzar.

El corolario es la discusión de la “razonabilidad” del uso por parte de Mendoza. Aunque históricamente la piedra de toque ha sido lo *razonable* de la utilización de los recursos naturales, los derechos de propiedad a menudo estarán en disputa porque no existe una definición clara de lo que es razonable cuando se introduce el paradigma sustentable. El caso del Río Atuel demuestra que en la sentencia de 1987 no había un nivel razonable de contaminación, pero el paso del tiempo hizo que lo inocuo se considere dañino e irrazonable.

La resolución de la Corte Suprema, a modo de regulador⁹², puede producir un resultado superior al establecer los límites del comportamiento permitido y, por lo tanto, garantizar que los resultados sean justos y eficientes para ambas partes en disputa, acercándose al óptimo paretiano. *A priori*, el conflicto así planteado se asemeja a un juego de suma cero donde la ganancia de Mendoza es la pérdida de La Pampa. Pero si nos adentramos en una lectura de la sentencia, advertimos que la actitud de Mendoza ha sido perjudicial para un conglomerado socioambiental que no puede reducirse solo a lo territorial. La propia calificación de “conflicto interprovincial” es errónea, e hizo

⁹⁰ Este argumento lo he tomado de la obra de Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, que se puede aplicar a la función de árbitro llevada a cabo por la Corte Suprema en el caso en análisis.

⁹¹ Ostrom, E. and Gordon W. (1999). “Does Local Community Control of Police Make a Difference?”. En Michael D. McGinnis (Editor). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop of Political Theory and Policy Analysis*. Michigan. University of Michigan.

⁹² En consonancia con la famosa frase de Frank H. Easterbrook (1984). “La Corte Suprema es un regulador”. En “The Court and the Economic System”. *Harvard Law Review*, V. 98, Nro. 4, 4.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

bien la Corte al escuchar terceros ajenos a la mera territorialidad local, y desde el punto de vista ambiental, se reduce el riesgo de desajuste entre los costos y beneficios de la respuesta al caso⁹³.

Las externalidades negativas las produjo Mendoza con el aprovechamiento de las aguas a lo largo de su existencia, y los daños de ese accionar se acumularon más allá de los límites de su regulación. Cuando se produce un desajuste de este tipo y se ignoran los daños externos, en el cálculo de costo-beneficio realizado por el regulador se subestimarán los costos y los resultados de la sobrerregulación, pudiéndose afirmar que el menor caudal de agua para La Pampa no fue *razonablemente* mensurado.

Las externalidades podrán tratarse aclarando quiénes tienen los derechos de propiedad si los costos de transacción fueran bajos y se pudiera negociar. Sin embargo, al ser altos, la regulación es necesaria y la maximización del bienestar requiere que la jurisdicción de la autoridad reguladora –o al menos el alcance de los costos y beneficios incluidos en el cálculo regulatorio– sea el límite del daño. La Pampa no solo no tiene autoridad directa sobre Mendoza, sino que los agricultores mendocinos que se encuentran aguas arriba también se resisten a asumir los costos de controlar el menor rendimiento al dejar pasar más agua, es decir, rechazan la internalización de su propia externalidad.

La necesidad de una respuesta en el orden federal a la externalidad, por supuesto, no resuelve la cuestión de qué tipo de régimen regulatorio debe establecerse. La Corte Suprema decidió una función de cooperación, control y monitoreo, sin interferir con las partes, las que “deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI)”, a fin de que, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas en relación a la problemática del Río Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica y productiva del ecosistema. Se puede concluir que las razones por las cuales ambas provincias han fracasado en llevar a cabo los acuerdos cooperativos, entre otras, son la ausencia de normas ambientales comunes, la dirección de los efectos secundarios en cuestión y los costos de la negociación. La colaboración depende de la existencia de normas ambientales comunes que hacen

⁹³ Siempre que el alcance de un daño ambiental no coincida con la jurisdicción del regulador, el cálculo de costo-beneficio será sesgado y se proporcionará o muy poca o demasiada protección ambiental. Ello porque la regulación ambiental opera en un ámbito donde las comparaciones cuantitativas de bienestar son difíciles y los beneficios económicos tangibles, demostrables y claramente evidentes de la reducción de la regulación ambiental superan los costos inciertos, intangibles y futuros asociados con la degradación ambiental. Conf. Revesz, R. (1992). “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking The ‘Race-To-The-Bottom’ Rationale For Federal Environmental Regulation”, *New York University Law Review*, Nro. 67, 1210.

posible los límites de los derechos de propiedad. Si los efectos secundarios se produjeran en ambos sentidos, cada provincia tendría un incentivo para colaborar en la búsqueda de soluciones de acción colectiva que establezcan un régimen sobre el Río Atuel viable. Cuando, como en este caso, el flujo de daños es sustancialmente unidireccional, el problema adquiere un sabor de suma cero que hace que la colaboración sea mucho más difícil. Si el flujo es siempre de Mendoza a La Pampa, ¿por qué debería Mendoza restringir su producción? En casos no recíprocos, las normas ambientales chocan con otras normas de manera que pueden dificultar la colaboración. Al no existir normas comunes de responsabilidad, los costos de transacción de la colaboración interprovincial son mucho más altos y la competencia dirimente de la Corte Suprema aparece como la solución más cercana al óptimo paretiano. Además, los costos de la decisión se traducen en una pérdida más concentrada y concreta para Mendoza y sus productores, que un beneficio tangible para La Pampa⁹⁴.

Se pueden extraer tres grandes conclusiones. La primera es que los efectos indirectos de Mendoza sobre La Pampa representan un problema grave, y ante ello es improbable que surja una política de colaboración descentralizada o de la visión *tradicional* del federalismo. Cada vez que creamos múltiples jurisdicciones regulatorias en un intento de adaptar mejor las políticas a las necesidades y deseos locales, nuestra capacidad para limitar la contaminación transjurisdiccional a un nivel eficiente y proteger los derechos de propiedad disminuye. Con frecuencia los límites de un recurso ambiental no son fijos, y en algunos casos, el daño sufrido por las personas más allá de las fronteras de la jurisdicción reguladora no es físico ni económico, sino más bien psicológico. Los pampeanos “sienten” que le han “robado el Río Atuel” y ello conlleva a una desconfianza adicional para llegar a un acuerdo cooperativo⁹⁵.

La segunda conclusión es el cambio de paradigma que deja la enseñanza del conflicto. Por años la preocupación fue la defensa de un sistema federal, de límites administrativos y convenciones materiales que armonicen con las demandas políticas locales que se iban generando, hasta que la degradación del medio ambiente puso de relieve la liviandad del enfoque, lo mutable de lo que se entiende por *razonable* y la falta de respuesta que otorga el sistema federal. La aceptación general de que un recurso ambiental como un río deba ser administrado públicamente, no resuelve de todas formas el problema sobre la entidad de gestión adecuada. Una persona que posee un derecho de propiedad contra la contaminación puede no saber, o ser capaz de saber, los términos en los que

⁹⁴ Esto sucede porque los costos ambientales se traducen fácilmente en términos monetarios, sin embargo, los beneficios se acumulan para el público en general –no sólo pampeano– en formas que son difíciles de discernir y monetizar y esta asimetría se traduce en la actividad política e influencia en el manejo de los recursos. El acierto es la utilización de principios y reglas generales en lugar de resultados específicos de cada caso.

⁹⁵ A lo largo de la Ruta Nacional N° 188, que atraviesa –entre otras– ambas provincias, se pueden observar diversos carteles aleatorios en los cuales se hace referencia al conflicto en este sentido.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

racionalmente intercambiaría todo o parte de ese derecho. Como consecuencia, las violaciones de los derechos de propiedad no solo son difíciles de detectar debido a la invisibilidad de muchos factores contaminantes, sino que los individuos tampoco pueden juzgar fácilmente qué riesgos de salud pública o daños ecológicos representa la contaminación. La construcción del dique “El Nihuil” era un estandarte del progreso al momento de su construcción; hoy es una de las causales de la desertificación, según los demandantes⁹⁶.

Finalmente, la tercera conclusión radica en el hecho de incorporar terceros al proceso, un claro indicativo de que la comunidad política para definir los conflictos ambientales tampoco es fija. En la formulación de políticas ambientales, la esfera de los intereses afectados puede expandirse o contraerse según una definición evolutiva de comunidad; a medida que se perciben más externalidades o internalidades, la identidad política puede cambiar en consecuencia; y a medida que cambia la identidad política, pueden surgir nuevas deficiencias estructurales. Al tratar de maximizar el bienestar social ambiental, debemos tener cuidado de no concluir demasiado apresuradamente que conocemos los límites precisos de la comunidad apropiada y, por lo tanto, cuyos costos y beneficios deben “contar”. En aspectos importantes, la naturaleza y la geografía definen el alcance óptimo de la intervención gubernamental en el ámbito ambiental. Si bien las estrategias regulatorias generalmente se establecen a lo largo de las fronteras políticas, como las ciudades, los Estados y los países, los problemas ecológicos casi nunca se ajustan a estas fronteras a menudo artificiales. Por lo tanto, una respuesta reguladora que se ajuste a las fronteras políticas a menudo será subóptima. Además, una segunda dimensión de la jurisdicción reguladora óptima se define por el concepto de ciudadanía y, por lo tanto, está limitada por el alcance de la “comunidad”. Debido a que la ciudadanía implica deberes para los ciudadanos, los miembros de la comunidad tienen derecho a tener sus puntos de vista.

Esta última conclusión muestra que la identificación de la comunidad con respecto a los problemas ambientales presenta un nuevo desafío. En algunas circunstancias, los límites políticos delimitan comunidades de valores compartidos y, por lo tanto, resultan útiles para definir la unidad reguladora óptima. En muchos casos, sin embargo, los intereses y valores ambientales no coinciden con las líneas jurisdiccionales existentes. ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando “otros” administran mal los recursos ambientales de los que “nosotros” obtenemos algún beneficio?

Es de esperarse que este cambio de enfoque permita una mayor toma de conciencia en la protección de recursos ambientales, y logre el disfrute de condiciones de vida equivalentes por parte de todos los ciudadanos, con independencia de la provincia en que residan, y en el cual el *federalismo*

⁹⁶ La Pampa señaló que el corte total del Río Atuel se produjo en la década de 1940, a raíz de la sanción de la Ley Nacional N° 12.650, la cual dispuso la ejecución de la obra “Los Nihuales”. De este modo, el río dejó de llegar a La Pampa en el año 1947, al comenzar el llenado del embalse del dique El Nihuil, y desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo en el año 1973.

cultural pueda hacer valer los intereses comunes antes que lo particular. Quizás sea este uno de los mayores desafíos que enfrente el sistema federal como forma de Estado en el siglo que ha comenzado, y pueda canalizar, como expresó Gelli, *un conflicto que parece no tener fin*⁹⁷.

Bibliografía

- Arroyo Gil, A. (2019). “El federalismo alemán a comienzos del siglo XXI”. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, Nro. 10, 59.
- Bidart Campos, G. (2004). “¿Un federalismo cultural?”. *A 10 años de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Bidart Campos, G. y Sandler, H. (coord.) (1995). *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires. Depalma.
- Bojanich Marcovich, E.; Cotta, R.; Pontussi, E. (1980). *El Río Atuel es interprovincial*. Gobierno de la Provincia de La Pampa.
- Branfman, Cohen & Trubek (1973). “Measuring the Invisible Wall: Land Use Controls and the Residential Patterns of the Poor”. *Yale Law Journal*, Nro. 82, 483.
- Cashin, S. D. (1999). “Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities”. *Columbia Law Review*, Nro. 99, 552.
- Coase, R. (1960). “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economic*, 1.
- Cohen, J. E. (1995). “A Constitutional Safety Valve: The Variance in Zoning and Land-Use Based Environmental Controls”. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, N° 199, 307.
- Convención de Lucha contra la Desertificación, “aprobada por Ley N° 24.701.
- Convenio sobre Diversidad Biológica”, aprobado por Ley N° 24.375.
- Cooter, R. y Ullen, T. (1998). *Derecho y Economía*. México. FCE, 475-480.
- Demsetz, H. (1967). “Toward a Theory of Property Rights”. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Mayo, 347-359.
- Easterbrook, F. H. (1984). “The Court and the Economic System”. *Harvard Law Review*, V. 98, Nro. 4, 4.
- Fallon, R. Jr. (2001). “Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology”. *New York University Law Review*, Nro. 7, 570.

⁹⁷ Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 5ª ed. T. II. Buenos Aires. Ed. La Ley, 743.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FEDERALISMO

- García Mansilla, J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. 1ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 5ª ed. T. II. Buenos Aires. Ed. La Ley, 743.
- Giles, S. (2011). “The Supreme Court and Legal Uncertainty”. *DePaul Law Review*, N° 60, 311.
- González, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*.
- Kirsten, H. E. (1997). “State Environmental Standard-Setting: Is There A “Race” And Is It “To The Bottom””. *Hastings Law Journal*, Nro. 48, 271.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T. IX. Buenos Aires. Plus Ultra, 804.
- Oates, W. (1977). *Institutos de Federalismo Fiscal*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*.
- Olson, M. (1969). “The Principle of “Fiscal Equivalence”: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government”. *The American Economic Review*, V. 59, N° 2, 479.
- Ostrom, E. (2009). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. and Gordon, W. (1999). “Does Local Community Control of Police Make a Difference?”. En Michael D. McGinnis (Editor). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop of Political Theory and Policy Analysis*. Michigan. University of Michigan.
- Paulsen, M. (2000). “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?”. *Yale Law Journal*, Nro. 109, 1535.
- Paulsen, M. (2005). “The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent”. *Const. Comment*. Nro. 22, 289.
- Porto, A. (Director) (2004). *Disparidades Regionales y Federalismo Fiscal*. La Plata. ULP, 44.
- Putnam, R. (1994). *Cómo hacer que la democracia funcione*. Venezuela. Galac, 57.
- Revesz, R. L. (1992). “Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking The “Race-To-The-Bottom” Rationale For Federal Environmental Regulation”. En *New York University Law Review* Nro. 67, 1210.
- Sagüés, N. P. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. 3ª ed. T. 2. Buenos Aires. Astrea, 35.
- Shapiro, D. L. (2008). “The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection”. *Texas Law Review*, Nro. 86, 929.
- Spota, A. A. (1990). “La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado”. *La Ley*, T. B, 979.
- Sullivan, K. (1989). “Unconstitutional Conditions”. *Harvard Law Review*, V. 102, N° 7, 1413.

- Tushnet, M. (1985). “Federalism and the Traditions of American Political Theory”. *Georgia Law Review*, Nro. 19, 981.
- Wats. R. (2006). *Sistemas Federales Comparados*. Trad. Esther Villadangos. Madrid. Marcial Pons, 136.