

La necesidad de una norma de Presupuestos Mínimos para la Gestión de Pasivos Ambientales en el marco jurídico argentino.

Pablo E. Arino

RESUMEN:

Durante las últimas décadas, la apreciación del cambio climático como problemática ha ido escalando en todas las agendas (social, política, económica, etc). Esta escalada tiene su razón de ser en el entendimiento, más claro, de las causas y consecuencias del referido cambio climático. Causas troncales al funcionamiento del sistema económico, social y político global (incluso dando lugar a planteos radicales de cambio de sistema como el que pregona Kohei Saito (2020) en su libro “El capital en la era del Antropoceno”¹). Y consecuencias, cada vez más presentes y no tan futuras, que amenazan la vida en nuestro planeta.

En tal sentido, y con la intención de ayudar a saldar deudas históricas, el presente trabajo se centrará en los pasivos ambientales, es decir, en daños ambientales no recompuestos.

Buscaremos desde aquí contribuir al debate sobre la necesidad de contar con una norma de presupuestos mínimos para gestionar esos pasivos ambientales. A tal fin, partiremos del análisis de la estructura jurídica de nuestro Derecho Ambiental, conceptualizaremos luego los pasivos ambientales y analizaremos la normativa aplicable a los mismos. Posteriormente nos adentraremos en mecanismos de gestión de pasivos ambientales para finalmente proponer ideas e institutos a considerar en el eventual proceso de elaboración de una norma de presupuestos mínimos de gestión de pasivos ambientales. Esto, con la convicción de que los pasivos ambientales son una problemática intertemporal o intergeneracional siempre desdeñada, siendo las generaciones por venir quienes deberán soportar las consecuencias mayores de ello sin haber generado sus causas.

¹ SAITO, K. (2020). *El capital en la era del Antropoceno*. Tokio, Japón. Editorial Sine Qua Non. El citado autor japonés entiende al capitalismo como una expansión constante del capital y al capital como un proceso permanente de expansión de la valorización. A tal fin, sostiene, el sistema capitalista mercantiliza todo y producto de dicha mercantilización se produce la disolución de lo común. Frente a ello, Saito propone restringir esta expansión infinita de capital rehabilitando la idea de lo común (entendiendo por común al agua, la electricidad, la asistencia médica, el transporte, la educación, entre otros). Pero a diferencia de algunas experiencias históricas, lo común lo concibe no como sinónimo de estatización sino de asociacionismo y cooperativas. Por todo ello, en conclusión, pregona un comunismo decrecentista, tomando como modelo sociedades precapitalistas como ideales para una sociedad poscapitalista.

INDICE

I.- Abreviaturas y siglas.....	5
II.- Introducción.....	6
III.- Estructura jurídica del Derecho Ambiental.	7
III. a) Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente.....	7
III. b) La reforma constitucional de 1994 y el cambio de paradigma.	10
III. c) Definición de presupuesto mínimo.....	12
III. d) Tipo de norma que debe establecer los presupuestos mínimos de protección.....	13
III. e) Tipo de ley que debe fijar los presupuestos mínimos de protección.	13
III. f) Recursos Naturales. Dominio y Jurisdicción.....	15
IV.- Pasivo ambiental.....	17
IV. a.- Definición.	17
IV. b.- Elementos constituyentes:.....	18
IV. c.- Pasivos ambientales y derechos humanos:	21
V.- Recopilación de normas y programas actualmente aplicables a pasivos ambientales.....	22
V. a.- LGA.....	23
V. b.-PROSICO.....	24
V. c.- Ley Nacional de Residuos Peligrosos n° 24.051.	26
V. d.- Código Civil y Comercial de la Nación.	28
V. d. 1- Nuevo paradigma.	28
V. d. 2- El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva.	29
V. d. 3- El daño y su prevención.	32
V. d. 4- La legitimación activa del CCYC vs. LGA.	34
V. e.- Ley n° 14.343 de la Provincia de Buenos Aires.....	35
VI.- Mecanismos para prevención y manejo de pasivos ambientales.....	37
VII.- Ideas para un proyecto de norma de presupuestos mínimos de pasivos ambientales.	39
VII. a.- Definiciones:	40
VII. b.- Principios de gestión:.....	40
VII. c.- Determinación de responsabilidades:.....	43
VII. d.- Fondo de Compensación de Pasivos:	44
VII. d. 1- Destinos del Fondo:.....	45
VII. d. 2- Estructura financiera del Fondo:	46
VII. d. 3- Modalidades del Fondo.	46

VII. d. 4- Estructura jurídica del Fondo:	47
VII. d. 5- La experiencia de CABA. La Ley 3.341:	48
VII. d. 6- Reglamentación del Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental.	49
VII. d. 7- Algunas propuestas para instrumentar el Fondo.....	51
VII. e.- Autoridad de aplicación:	53
VIII.- Conclusión:	53

I.- Abreviaturas y siglas.

ACUMAR: Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo.

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CC: Código Civil.

CCyC: Código Civil y Comercial de la Nación.

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

CN: Constitución Nacional.

COFEMA: Consejo Federal de Medio Ambiente.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

EIA: Estudio de Impacto Ambiental.

LGA: Ley General del Ambiente n° 25.675.

PROSICO: Programa Nacional para la Gestión de Sitios Contaminados.

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

RBCA: Risk Based Corrective Actions.

SCJPBS: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

II.- Introducción.

No ha sido para nada sencilla la elección del tema. Profundidad, relevancia y originalidad no son caracteres que suelen ir de la mano. Y he allí el primer escollo (y quizás el más importante) a sortear para poder dar inicio al presente trabajo.

Tras una intensa, y por momentos intermitente búsqueda del tema a desarrollar, finalmente decidimos centrarnos en lo que consideramos un aspecto crucial del Derecho Ambiental y en uno de los talones de Aquiles de nuestro esquema normativo: los pasivos ambientales.

Quizás aún no tomamos real dimensión de su novedad conceptual. Nuestra generación (de la década del 80' en adelante), aún con mayor fuerza en los últimos años, realiza un permanente revisionismo de las acciones antrópicas y cómo afectan éstas el ambiente. Nunca antes el accionar del ser humano había entrado en la consideración que actualmente recibe. Décadas atrás era impensado analizar, entender, que la satisfacción de una necesidad tiene consecuencias que deben ser evaluadas al momento de decidir la realización de una determinada obra. Eso, sin dudas, es producto de la difusión cultural del concepto de sustentabilidad.

Dice Ricardo Lorenzetti (1995) que *“el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso”*².

Ya nos detendremos a analizar las definiciones de norma de presupuestos mínimos y pasivo ambiental. A título de adelanto: nuestro ordenamiento jurídico carece de una norma de presupuestos mínimos de gestión de pasivos ambientales. Sin embargo, esto no significa que no exista regulación alguna sobre los mismos. Institutos contemplados en diferencias normas de distintas jurisdicciones son los que resultan aplicables a dichos presupuestos.

De ahí que el presente trabajo apunta a la necesidad de la sanción de una norma de presupuestos mínimos sobre la materia, que regule *“un sistema de gestión ambiental que*

² LORENZETTI, R. L. (1995). *Las normas fundamentales del Derecho Privado*. Santa Fe. Editorial Rubinzal Culzoni. P. 490.

promueva la categorización, el registro, la auditoría y la recomposición de los sitios contaminados y pasivos ambientales a fin de lograr su remediación”³.

El Sumo Pontífice, en la Carta Encíclica “Laudato sí” (2015), refiere que *“la degradación ambiental y la degradación humana y ética están íntimamente unidas*”⁴.

¿Cómo podemos hablar de sustentabilidad o de equidad intergeneracional si no atendemos nuestros pasivos ambientales?

En ese marco, el presente trabajo se propone efectuar un aporte, así sea pequeño, en línea con el combate de las degradaciones que nos aquejan.

III.- Estructura jurídica del Derecho Ambiental.

III. a) Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente.

Para analizar la distribución de competencias constitucionales en materia ambiental primero es necesario recordar la distribución clásica y así advertir sus particularidades.

Conforme reza el artículo 1 de nuestra CN (1994), *“la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*”⁵.

El sistema federal irradia en materia de distribución de competencias. Así, conteste con el mismo, nuestra CN establece en su artículo 121 que *“las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”⁶.

³ FRANCOVIGH, C. (2018). *Pasivos ambientales y la necesidad de una ley de presupuestos mínimos para la gestión de sitios contaminados y pasivos ambientales en la Argentina*. De [https://clasicoar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-DOC-13141-AR&links=\[PRESUPUEST,%20MIN\]](https://clasicoar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-DOC-13141-AR&links=[PRESUPUEST,%20MIN])

⁴ SANTO PADRE FRANCISCO. (2015). *Carta Encíclica Laudato Sí sobre el Cuidado de la Casa Común*. De www.vatican.va.

⁵ Constitución Nacional (1994). De <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

⁶ Constitución Nacional (1994). De <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ello se complementa con el artículo 126 de la CN, en tanto *“las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”*⁷.

Esto no obsta a que puedan presentarse casos de competencia concurrente, tales los supuestos descriptos en el artículo 75, inciso 2 y 17 de la CN (imposición de contribuciones indirectas; reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas).

En síntesis, del articulado citado cabe concluir que la regla es la regulación por parte de las provincias y, por excepción, la Nación, ya sea de manera autónoma o concurrente con las primeras.

Para Felipe González Arzac (2001), la última reforma constitucional consagró un régimen específico de distribución de competencias para la protección ambiental e instituyó un método de reparto novedoso. Todo, sin apartarse del marco de posibilidades que ya existía bajo el texto primigenio de 1853 en cuanto al modo de regulación nacional de materias concurrentes ni declinando la vigencia de otras potestades federales en relación con la protección ambiental⁸.

Pero el carácter federal adoptado por nuestra CN no sólo se refleja en la distribución de competencias sino también en la atribución del dominio original de las Provincias sobre *“los recursos naturales existentes en su territorio”* (tal como lo reza el artículo 124 en su segundo párrafo).

Ahora bien, refiriéndonos específicamente al ambiente, y tras la reforma constitucional de 1994, el sistema de distribución de competencias entre Nación y Provincias adoptó criterios de originalidad y novedad. Así surgen las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental previstas en el artículo 41, y cuyas particularidades iremos analizando a lo largo del presente.

⁷ Constitución Nacional (1994). De <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

⁸ GONZALEZ ARZAC, F. (2001). Taller de Gestión Ambiental. Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental/Fundación Pro Tigre. De <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/Evolucion-del-Derecho-Ambiental-Titulo-I-capitulo-I.pdf>

Para Nonna (2017) la Constitución de 1994 llama a un consenso en el cual la política ambiental se basa en normas comunes y mínimas que surgen de un proceso que garantice la negociación a nivel federal entre Nación y Provincias y Provincias entre sí⁹.

Horacio Rosatti (2007), citado por Nonna (2017), habla de una PLURALIDAD JERARQUICA SUSTANTIVA para explicar el sistema adoptado en materia de regulación ambiental:

- Pluralidad *“porque tienen capacidad normativa sobre la materia tanto la Nación como las provincias”*
- Jerárquica *“porque dicha atribución no es indistinta o integral para cada jurisdicción (una se encarga de establecer los niveles mínimos y otra los niveles complementarios)”*.
- Sustantiva *“porque tanto Nación como provincias comparten la responsabilidad de lograr —en conjunto— la protección integral del ambiente”*¹⁰.

Y concluye el actual Ministro de la CSJN refiriendo que esto *“permite asegurar un mínimo común denominador de protección para todos los habitantes de la Nación garantizando la vigencia del principio de igualdad porque es el que permite conjugar la interjurisdiccionalidad propia de las cuestiones ambientales en un concepto moderno de federalismo participativo dado que las provincias participan tanto en la formulación de los niveles mínimos de protección nacional (a través de sus representantes en el Congreso) cuanto en la definición de los niveles complementarios de protección local”*¹¹.

Como corolario del punto en análisis, merece destacarse lo resuelto por la SCJPBN (2002):

“En el campo ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para su protección, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio receptado por el artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades

⁹ NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. P. 47.

¹⁰ NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. P. 47.

¹¹ NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. P. 47/48.

necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124)”¹².

III. b) La reforma constitucional de 1994 y el cambio de paradigma.

La reforma constitucional de 1994, además de incluir en nuestro régimen notas de originalidad en materia de destrucción de competencias entre Nación y Provincias, también significó un punto de inflexión en el bien jurídico tutelado en materia ambiental.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, según Alejo (2018), la protección del ambiente era vinculada con la salud del hombre¹³. Prueba de ello, constituye quizás el primer fallo de índole ambiental de la jurisprudencia argentina: “*Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires*”, que data del año 1887¹⁴.

Por entonces, la Provincia de Buenos Aires había dictado una ley que prohibía la labor de los saladeros ubicados en la localidad de Barracas. Los propietarios de los saladeros afectados reclamaron ser indemnizados por los daños y perjuicios que dicha norma les irrogaba. Sin embargo, nuestro máximo Tribunal rechazó la demanda indicando que los propietarios no cuentan con derechos adquiridos sino que los mismos se conceden bajo la condición implícita de no ser nocivos para los intereses generales de la comunidad y, además, nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública y “*esparcir en la vecindad la muerte*” fundados en el derecho de la propiedad o ejercicio de una profesión o industria.

Amén del fallo citado, se aprecia dicho marco conceptual también en la Ley de Residuos Peligrosos n° 24.051¹⁵, puntualmente en su régimen penal, el cual tipifica conductas que afecten “*de un modo peligroso la salud*”¹⁶.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. *Copetro S.A. c/ Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95*. 20/03/2002.

¹³ ALEJO, A. (2018). *El derecho a un ambiente apto para el desarrollo humano: ¿Es necesaria una ley de presupuestos mínimos?* De <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/22/el-derecho-a-un-ambiente- apto-para-el-desarrollo-humano-es-necesaria-una-ley-de-presupuestos-minimos/>

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Saladeristas Santiago, José y Jerónimo Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires*. 14/05/1887.

¹⁵ Ley 24.051. (1991). De <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24051-450/actualizacion>.

El punto de inflexión en el bien jurídico tutelado en materia ambiental aparece entonces en el artículo 41 de nuestra CN.

Este no sólo que prevé el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sino que, además, lo transforma en un deber: *"...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley..."*.

El artículo 41 se erige así en el primer dispositivo y piedra angular de las restantes normas ambientales. Dice al respecto Lorenzetti (2017) que *"se produjo un cambio de paradigma, de modo de ver el derecho"*¹⁷. Para Tawil (1995), se trata de un cambio sustancial que ha invertido el esquema anteriormente vigente¹⁸.

El mismo artículo 41 de la CN, en su tercer párrafo, estrena en nuestro ordenamiento jurídico la inédita figura de las normas de presupuestos mínimos: *"corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales"*.

Es destacable según Falbo (2010) la influencia que, en este tema la Constitución Española de 1978 tuvo sobre nuestros constituyentes de 1994¹⁹. El artículo 149, inciso 1, apartado.23 de aquel texto expresa que el Estado Nacional tiene competencia exclusiva sobre *"la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección"*. Como notas distintivas, mientras que el artículo de la Carta Magna española refiere a *"ley básica"* y

¹⁶ *"Art. 55. Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.*

Art. 56. Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años.

Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años".

¹⁷ FERRER, F. (12/10/2017). Ricardo Lorenzetti advirtió sobre la necesidad del cuidado del medio ambiente. Infobae. De <https://www.infobae.com/politica/2017/10/12/ricardo-lorenzetti-advirtio-sobre-la-necesidad-del-cuidado-del-medio-ambiente/>.

¹⁸ NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. P. 43.

¹⁹ FALBO, A. (2010). *Derecho ambiental*. La Plata. Librería Editorial Platense S.R.L. P. 77.

“normas adicionales”, en nuestro caso se menciona “presupuestos mínimos” y “normas necesarias para complementarlas”.

III. c) Definición de presupuesto mínimo.

Falbo (2010) los define como “todas aquellas normas uniformes de aplicación en todo el territorio de la Nación que establezcan una base, un marco, y al mismo tiempo, un umbral o piso mínimo, de protección ambiental”²⁰.

En la LGA, dictada en el año 2002, encontramos su conceptualización en el artículo 6: “toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

Por su parte, el COFEMA en su Resolución N° 92/04 de “Contenido que deben tener las normas de Presupuestos Mínimos De Protección Ambiental del Artículo 41° de la CN”, las define como el “umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre”.

Aquí se produce una discusión doctrinaria aún no zanjada: ¿tutela uniforme (al decir de la LGA) o piso inderogable (al decir del COFEMA)?

Queda así planteado un escenario interpretativo disímil en cuanto al alcance de los presupuestos mínimos consagrados.

Particularmente coincidimos con la definición del COFEMA, la cual inclusive es la adoptada en la Provincia de Santa Fe en su Decreto n° 1879/13 (referido al Seguro ambiental). Allí, se define a los presupuestos mínimos como “el umbral básico e inderogable de protección con el fin de asegurar el nivel mínimo de protección ambiental”.

²⁰ FALBO, A. (2010). *Derecho ambiental*. La Plata. Librería Editorial Platense S.R.L. P. 73.

III. d) Tipo de norma que debe establecer los presupuestos mínimos de protección.

El artículo 41 establece que le “*corresponde a la Nación*” establecer los “*presupuestos mínimos de protección*” en materia ambiental. Ahora bien, ¿qué órgano del Estado Nacional es el encargado? ¿Qué tipo normativo debe escogerse?

Rosatti (2011) refiere que el órgano competente es el Congreso de la Nación y el tipo normativo la ley²¹. Ello así porque:

- el propio artículo 41 de la CN dice que los “*presupuestos mínimos*” deben estar contenidos en “*normas*”, es decir, preceptos generales como los que dicta el Congreso;
- al aludir a dichas “*normas*” establece que las mismas no deben alterar las jurisdicciones locales, tal como ocurre en el caso del dictado de los códigos de fondo que la Constitución asigna específicamente al Congreso Nacional (artículo 75, inciso 12);
- la CN le atribuye al Congreso “*hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos al gobierno de la nación argentina*” (artículo 75, inciso 32).

Lo dicho es sin perjuicio de la facultad reglamentaria que, con posterioridad a la intervención del Congreso y dentro de los límites de la ley, pueda ejercitar el Poder Ejecutivo, conforme a las previsiones del artículo 99, inciso 2 de la CN²².

III. e) Tipo de ley que debe fijar los presupuestos mínimos de protección.

Desde el punto de vista del ámbito de su vigencia territorial, las leyes que dicta el Congreso de la Nación suelen clasificarse en leyes nacionales y leyes locales.

Las leyes nacionales tienen vigencia en todo el territorio de la Nación. Las leyes locales solo en lugares específicos (como por ejemplo, establecimientos de utilidad nacional)²³.

²¹ ROSATTI, H. (2011). *La regulación constitucional del ambiente y los recursos naturales*. De https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7032/mod_folder/content/0/ROSATTI_PANEL_NRO_1_Recurso_naturales_y_ambiente_2011.doc?forcedownload=1

²² HUTCHINSON, T. MOSSET ITURRASPE, J. y DONNA, E. (1999). *Daño ambiental*. Santa Fe. Editorial Rubinzal Culzoni. Tomo I. P. 282.

Así, las normas de presupuestos mínimos de protección sancionadas por el Congreso de la Nación son evidentemente una ley nacional.

Ahora bien, las leyes nacionales, en función de su especificidad material, pueden ser:

- Federales o especiales: destacadas en el artículo 75, inciso 12 segunda parte, así como en el artículo 126 de la CN. En ese listado asoman las leyes sobre naturalización y nacionalidad, bancarrotas, falsificación de la moneda corriente y de documentos públicos del Estado, entre otros. Ellas son aplicadas, con prescindencia del lugar en el que los hechos ocurran, por las autoridades federales tanto en sede administrativa como judicial.

- Comunes u ordinarias: previstas en el artículo 75, inciso 12 de la CN. Es el caso de los CCyC, Penal, etc. Son aplicadas por las autoridades locales, tanto en sede administrativa como judicial, si las cosas o las personas caen bajo esa jurisdicción.

Si bien existe claridad respecto al carácter nacional de las leyes de presupuestos mínimos, no sucede lo mismo respecto a su consideración como federales o comunes. Al respecto, hagamos el intento por clarificar ambas posturas:

- Ley Federal: el artículo 116 de la CN solo excluye de la competencia federal a las causas que, originadas en leyes de la Nación, se encuentren incluidas en la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75.

No emergiendo la ley de presupuestos mínimos de protección del citado artículo 75, inciso 12 sino del artículo 41, correspondería incluirlo dentro de la regla prevista por el artículo 116²⁴.

- Ley Común: el artículo 41 de la CN, al aludir a las normas de presupuestos mínimos de protección reitera la reserva del artículo 75, inciso 12, en el sentido de que con su sanción por el Congreso no deben alterarse las

²³ BIDART CAMPOS, G. (1997). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires. Editorial Ediar. Tomo III. P. 166.

²⁴ HUTCHINSON, T. MOSSET ITURRASPE, J. y DONNA, E. (1999). *Daño ambiental*. Santa Fe. Editorial Rubinzal Culzoni. Tomo I. P. 282.

jurisdicciones locales, con lo cual se estaría en la misma hipótesis que en el caso de la sanción de un código de fondo (como el CCyC o Penal)²⁵.

Personalmente, al igual que el constituyente Alberto Natale (1994)²⁶, coincido con el carácter común de las leyes de presupuestos mínimos. De tal manera, se refleja fielmente la coordinación perseguida por el Constituyente de 1994 entre el Estado Nacional y las Provincias.

Como consecuencia de ello:

- No es necesario que las Provincias adhieran a las normas de presupuestos mínimos de protección sancionados por ley del Congreso Nacional.
- La aplicación administrativa y judicial de dichas normas corresponde a las autoridades locales, salvo que exista una causal de competencia federal deducible de los artículos 116 y 117 de la CN.

Este ha sido el criterio asignado por el Congreso de la Nación a la primera de las leyes de presupuestos mínimos de nuestro ordenamiento: la LGA.

III. f) Recursos Naturales. Dominio y Jurisdicción.

Cabe hacer una consideración especial al tema del dominio y la jurisdicción de los recursos naturales y la interpretación de la respuesta constitucional a favor del “*dominio originario*” de las Provincias en el artículo 124 de la CN. Conviene recordar, a los efectos de esclarecer este tema, la diferencia jurídica existente entre dominio y jurisdicción.

Frias (1973) refiere que “*el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (artículo 2506 del CC). La jurisdicción es la suma de facultades divisibles en las diversas materias del gobierno. El dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones. El dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o excluye; la jurisdicción no lleva*

²⁵ BIDART CAMPOS, G. (1995). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires. Editorial Ediar. Tomo VI. P. 302.

²⁶ NATALE, A. (1994). *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*. Buenos Aires. Editorial La Ley.

necesariamente al dominio. Pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado”²⁷.

Dice Nonna (2017) que el vocablo “*originario*” que adjetiva al vocablo “*dominio*” debe ser entendido como una reivindicación histórica, derivada de la preexistencia de las Provincias al Estado Nacional (“*originario*” es utilizado así como sinónimo de “*previo*”). Pero también como una advertencia a las Provincias en su carácter de titulares dominiales de que tal titularidad no conlleva la facultad de explotación local desligada de las necesidades del país (“*originario*” connota aquí a “*no absoluto*”)²⁸.

A partir de lo señalado, en materia de recursos naturales es posible desdoblar la titularidad del dominio y el ejercicio de la jurisdicción.

Si bien no cabe duda que por imperio del artículo 124 de la CN el dominio es provincial, ello no invalida la jurisdicción nacional en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental.

Concluye Frías (1973) que “*más que multiplicarse las cosas, hoy se multiplican las relaciones que se descubren o se establecen entre las cosas, y éstas son las que reclaman una disciplina innovadora, un nuevo comportamiento donde nociones como “escala”, “coordinación”, “planificación global”, etc., no se sujetan a la órbita del dominio originario. Este fenómeno de aceleración de las interrelaciones, sumado al de la especialización y planeamiento, provoca la creciente disociación del dominio y la jurisdicción. Y correlativamente, por razones de innovación, de escala y de centralización virtual, este proceso se cumple a pesar del dominio provincial y a favor de la jurisdicción nacional*”²⁹.

Conceptualizadas las leyes de presupuestos mínimos y comprendida su naturaleza y alcance, centrémonos ahora en los pasivos ambientales.

²⁷ FRIAS, P. J. (1973). *Dominio y jurisdicción de la Nación y las Provincias*. Buenos Aires. 1973. P. 3. De <http://biblioteca.cfi.org.ar/wp-content/uploads/sites/2/1973/01/13364.pdf>

²⁸ NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*. P. 48.

²⁹ FRIAS, P. J. (1973). *Dominio y jurisdicción de la Nación y las Provincias*. Buenos Aires. 1973. P. 3 y 4. De <http://biblioteca.cfi.org.ar/wp-content/uploads/sites/2/1973/01/13364.pdf>

IV.- Pasivo ambiental.

IV. a.- Definición.

Como referíamos al comienzo del presente trabajo, nuestro país carece de una norma de presupuestos mínimos en materia de pasivos ambientales.

Ahora bien, ¿qué son los pasivos ambientales? Se han ensayado múltiples definiciones. Una de las que quisiéramos destacar (quizás como disparador del tema), por lo sencilla pero no por eso menos precisa, es la de Rodríguez Lopez (2015), quien los define como “*daños ambientales que no han sido objeto de recomposición*”³⁰. Según Morales Lamberti (2008), un pasivo ambiental es “*una externalidad del pasado, que se transforma en un pasivo fiscal del presente*”³¹.

A pesar de la inexistencia de una norma de presupuestos mínimos sobre la materia, existen ya antecedentes normativos en distintas jurisdicciones de nuestro país que sirven de apoyatura para comprender la temática, abordarla y discutirla.

Así, la Ley de Gestión Ambiental de Sitios Contaminados, n° 6117, de CABA, define los pasivos ambientales en su artículo 3: “*daño ambiental que constituye un riesgo actual o potencial para la salud de la población, en un sitio contaminado abandonado por el responsable*”.

Por su parte, la ley n° 14.343 que regula la identificación de los Pasivos Ambientales en la Provincia de Buenos Aires, también en su artículo 3, los define como “*conjunto de daños ambientales, en términos de contaminación de agua, del suelo, del aire, del deterioro de los recursos naturales y de los ecosistemas, producidos por cualquier tipo de actividad pública y privada, durante su funcionamiento ordinario o por hechos imprevistos a lo largo de su historia, que constituyan un riesgo permanente y / o potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad, y que haya sido abandonado por el responsable*”.

³⁰ RODRIGUEZ LOPEZ, D. BURUCUA, A. (2015). *Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina*. De <https://opsur.org.ar/wp-content/uploads/2015/07/Libro-Pasivos-Ambientales-web.pdf>.

³¹ MORALES LAMBERTI, A. (2008). *Estudios de Derecho Ambiental*. Córdoba. Editorial Alveroni. P. 11 y 12.

Por su parte, la ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera en Perú (Ley nacional 28.271 del año 2004) brinda una definición para pasivos ambientales mineros que puede extenderse y adaptarse a otros casos. Los define como aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos y depósitos de residuos producidos por operaciones llevadas a cabo tanto por actores públicos o privados, que en la actualidad se encuentran abandonados (con o sin dueño u operador identificable)³², o inactivos y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad; siempre y cuando sobre el área afectada existe la necesidad de restauración, mitigación o compensación de un daño ambiental o impacto no gestionado³³.

Desde el punto de vista dkelógico, el pasivo ambiental es una deuda para con el ambiente y la sociedad.

Desde el punto de vista economicista, muchos son los especialistas que lo tratan como una “*externalidad*”, como un fracaso del mercado que se traduce en lesiones al medioambiente. Abundan los casos en que el generador de ese pasivo ambiental busca no pagar dicha deuda sino que la asuma la sociedad en su conjunto. O en términos económicos, buscan trasladar los costos a la sociedad evitando perder competitividad en el mercado³⁴.

IV. b.- Elementos constituyentes:

Siano (2014) reúne los siguientes elementos comunes a estas definiciones³⁵:

- Existencia de un daño ambiental o sitio contaminado, ya sea en agua, tierra o aire;

³² OBLASSER, Á. CHAPARRO, E. (2008). *Estudio comparativo de la gestión de los pasivos ambientales mineros en Bolivia, Chile, Perú, y Estados Unidos*. Santiago de Chile. Editorial CEPAL.

³³ ARAMBURO, M. OLAYA, Y. (2012). Problemática de los pasivos ambientales mineros en Colombia. *Revista Gestión y Ambiente*, Volumen 15, nro. 3. P. 125 a 133. De <https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/36286/37829>.

³⁴ RUSSI, D. MARTÍNEZ ALIER, J. (2002). Los pasivos ambientales. *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Ecuador*. Quito. P. 123 a 131.

³⁵ SIANO, J. M. (2014). Pasivos Ambientales y Cambio de Paradigma. Aplicaciones Prácticas del Principio de Progresividad. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. P. 140.

El daño ambiental se encuentra definido en el artículo 27 de la LGA: “*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*”.

Para que se configure el daño ambiental entonces los efectos deben ser relevantes, negativos y no deben poder ser revertidos. Si los efectos producidos no tienen las características enunciadas, entonces estamos en presencia no de daños sino de impactos ambientales.

Ahora bien, Siano hace una distinción entre el pasivo ambiental generado por impacto ambiental y el generado por daño ambiental. Apunta que los primeros son los que se producen por una acumulación sucesiva de numerosos impactos de similar naturaleza, que no fueron remediados (como por ejemplo, la degradación de un monumento público por exposición a smog o a cenizas). Por oposición, los pasivos ambientales generados por daño ambiental, son aquellos que se producen como efecto de una alteración relevante, negativa del ambiente, no remediada en forma oportuna (como por ejemplo, cuando se produce una explosión³⁶). De todas maneras, esta distinción, si bien muy ilustrativa, no tiene efectos prácticos.

- Que haya sido producido por cualquier tipo de actividad (humana). Así, no son un pasivo ambiental las cenizas acumuladas por la erupción de un volcán, no obstante los efectos negativos o los daños en la salud que pueda ocasionar.

No es relevante si la actividad humana fue realizada por el Estado o por particulares. De hecho, refiere Siano que muchos de los pasivos ambientales más significativos fueron generados por el Estado, ya sea en ejercicio de la actividad empresarial o por empresas privadas a su servicio³⁷.

- Que no haya sido remediado o que persista en la actualidad. Es el elemento más característico de un pasivo ambiental;

¿Por qué no fue remediado? Siano tipifica esta conducta de la siguiente manera:

³⁶ SIANO, J. M. (2014). Pasivos Ambientales y Cambio de Paradigma. Aplicaciones Prácticas del Principio de Progresividad. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. P. 140.

³⁷ SIANO, J. M. (2014). Pasivos Ambientales y Cambio de Paradigma. Aplicaciones Prácticas del Principio de Progresividad. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. P. 141.

- a. El causante conoce de su existencia, y no los remedia por omisión maliciosa. En este caso, el causante conoce muy bien la presencia del daño, su valoración negativa por la sociedad y la obligación legal de remediar. No obstante, oculta o abandona el pasivo ambiental sin la debida remediación.
 - b. Se desconoce su existencia física. El causante desconoce la existencia del daño y, por lo tanto, no procede a su remediación.
 - c. No eran pasivos ambientales al momento de su estudio. El pasivo es generado en el pasado y contrastado con la legislación vigente en ese momento, no había obligación de remediar. El cambio de paradigma ambiental, hace que una afectación del ambiente o ecosistema perfectamente legal en el pasado, sea considerada ilegal en el presente, sin necesidad de que cambien las condiciones físicas del sitio.
- Que, por constituir un peligro actual o potencial, debe ser remediado en la actualidad. Este elemento guarda una relación estrecha con el principio de prevención de la LGA, cuando hablamos de peligro actual o potencial. Recordemos que el principio de prevención indica que cuando existe certeza de que una actividad puede causar un daño ambiental, debe atenderse en forma prioritaria e integrada, para prevenir los efectos negativos sobre el ambiente.
 - Que ha sido abandonado por su responsable, o no ha podido identificarse. La característica típica del pasivo ambiental es justamente que el generador de la contaminación:
 - o no se encuentra (por ejemplo, dejó el país);
 - o no existe más (por ejemplo, quebró);
 - o no puede identificarse (sitios contaminados por actividades muy antiguas que no pueden atribuirse a personas determinadas).

Este punto entendemos que resulta cuestionable. Requerir el abandono del pasivo por parte de sus titulares o responsables significa dejar de lado un sinnúmero de actividades que continúan funcionando con la existencia de pasivos en los espacios de tales emprendimientos, conviviendo, tolerando u ocultando los mismos³⁸.

³⁸ CONGHOS, E. (2012). La ley 25.675 y la recomposición ambiental: Reflexiones sobre la nueva ley de remediación de sitios contaminados de la Provincia de Buenos Aires. *Revista de Derecho Ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, número 31. Buenos Aires. Abeledo Perrot. P. 211.

Concluye Siano diciendo que los pasivos ambientales “*son cargas que se proyectan sobre la sociedad, ya fuera porque ella resulta agredida en su relación con el ecosistema en que convive, ya sea porque se le traslada la carga de su remediación*”³⁹.

IV. c.- Pasivos ambientales y derechos humanos:

Dice Daroni (2018) que los derechos humanos están interrelacionados: el ambiente desempeña una función esencial en la protección y promoción de los derechos humanos y a su vez, el lenguaje de los derechos humanos es el campo propicio y fértil para expresar los reclamos medioambientales⁴⁰.

En virtud de esa relación y particularmente en los casos de contaminación ambiental, enfocándonos principalmente en la existencia de pasivos ambientales es que surge el interrogante de analizar si contar con el derecho humano a un ambiente sano implica reconocer, así no sea más que implícitamente, un derecho humano a la reparación del medio ambiente a los fines de mantener ese estándar de ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible⁴¹.

Partiendo de la consideración de que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí⁴², se categoriza al derecho al medio ambiente sano como un derecho humano básico y esencial, en tanto su ejercicio aparece a su vez el goce y disfrute de los restantes derechos de los individuos⁴³.

³⁹ FRANCOVIGH, C. (2018). Pasivos ambientales y la necesidad de una ley de presupuestos mínimos para la gestión de sitios contaminados y pasivos ambientales en la Argentina. De <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/19/pasivos-ambientales-y-la-necesidad-de-una-ley-de-presupuestos-minimos-para-la-gestion-de-sitios-contaminados-y-pasivos-ambientales-en-la-argentina/>

⁴⁰ DORONI, G. (2018). Pasivos ambientales en el contexto del derecho humano al ambiente sano. *Cuaderno de Derecho Ambiental Número X*. De <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/IJ0140-Cuaderno-de-Derecho-Ambiental-X-2018.pdf>

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión consultiva 23/17 solicitada por la República de Colombia.

⁴² Consejo de Derechos Humanos. (2017). A/HRC/RES/34/20. De <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/IJ0140-Cuaderno-de-Derecho-Ambiental-X-2018.pdf>

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Kawas Fernández vs Honduras*. De <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/IJ0140-Cuaderno-de-Derecho-Ambiental-X-2018.pdf>

“Existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”⁴⁴.

El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio derecho: sin medio ambiente adecuado no hay vida humana, ni sociedad, ni Derecho⁴⁵.

Estas perspectivas y dimensiones tienen su correlato en el artículo 41 de la CN, donde se consagra el derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental, pero asimismo reconoce la vocación social y colectiva del mismo al incorporar el elemento generacional (presentes y futuras generaciones), en el reconocimiento de valores intrínsecos y servicios y bienes ambientales que se deben proteger, conservar y mantener.

Las situaciones de contaminación ambiental y la existencia de pasivos ambientales se tornan incompatibles con la dignidad humana o derecho a ser respetados como seres humanos⁴⁶. Constituyen una afectación constante al derecho al ambiente sano.

V.- Recopilación de normas y programas actualmente aplicables a pasivos ambientales.

A nivel nacional carecemos de una norma específica sobre pasivos ambientales. Ni siquiera han sido definidos conceptualmente.

Sin embargo, vale destacar las siguientes normas que, amén de constituir las herramientas legales vigentes a ser aplicadas a supuestos de pasivos ambientales, merecen ser consideradas para la elaboración de un proyecto de ley de presupuestos mínimos, considerando para ello sus aciertos y sus críticas.

⁴⁴ Asamblea General de Naciones Unidas. (2015). Resolución 70/1. De <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/IJ0140-Cuaderno-de-Derecho-Ambiental-X-2018.pdf>

⁴⁵ LOPERENA ROTA, D. (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*. Madrid. Editorial Civitas. P. 52.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe sobre la Situación de los derechos humanos en Ecuador*. De <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/IJ0140-Cuaderno-de-Derecho-Ambiental-X-2018.pdf>

V. a.- LGA.

Si bien no regula específicamente los pasivos ambientales, sí podemos encontrar a lo largo de su articulado los principios aplicables a esta problemática.

Al definir el bien jurídicamente protegido, el artículo 1 establece que *“la presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”*.

Ya analizamos el artículo 27 de esta norma y su definición de daño ambiental.

Luego, el artículo 28 establece una regla general: la atribución de responsabilidad por daño ambiental es objetiva. Asimismo, agrega que el objetivo primordial es la recomposición del daño o restablecimiento al estado anterior a su producción. Finalmente establece que de no ser posible técnicamente la recomposición, la justicia ordinaria interviniente deberá fijar una indemnización sustitutiva que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental.

Ahora bien, el responsable del daño debe haber tomado todas las medidas necesarias para evitarlo. Es decir: medidas de seguridad, de prevención de contingencias, etc. Además, no debe existir culpa concurrente del responsable, ni en la más mínima medida. Recién cumplidas esas condiciones, se puede configurar la exención siempre y cuando los daños se produzcan por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En cuanto a la prescripción del daño ambiental, la LGA no brinda tratamiento alguno. Para llenar el vacío normativo nos tenemos que remitir al tratamiento que le brindan doctrina y jurisprudencia.

Sidoli (2017) refiere que *“la mayoría de los casos por violaciones de derechos colectivos son continuados en el tiempo. De allí que no pueda utilizarse la figura de la prescripción, puesto que cada nuevo día que pasa, se vuelve a renovar el plazo de prescripción, esto es, una prolongación infinita en el tiempo que torna inoponible dicho instituto”*⁴⁷. Coinciden

⁴⁷ SIDOLI, O. (2017). Regulación de las acciones colectivas. *Revista Derecho Ambiental de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Buenos Aires. Editorial La Ley. De https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2017-03_La-medida-cautelar-ambiental.pdf

con el citado autor Rodríguez Lopez y Burucua (2015)⁴⁸, en consonancia con el precedente “*Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado c/ Propietario Estación de Servicio Shell*”, en que la Cámara Nacional Civil, Sala H resolvió que “*resulta imprescriptible la acción de responsabilidad extracontractual iniciada en representación de intereses difusos o colectivos cuando el daño es ambiental, dadas sus connotaciones de perdurabilidad*”⁴⁹.

En apoyatura a la imprescriptibilidad del daño ambiental y para despejar toda duda, Bidart Campos (2007) intenta zanjar la discusión en base a los principios pro homine, favor debilis, alterum non laedere y pro actione⁵⁰.

V. b.-PROSICO.

En un intento del Poder Ejecutivo Nacional de impulsar soluciones sobre la problemática de los pasivos ambientales, el 02/06/2006 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación emitió la Resolución n° 515/06, la cual creó el PROSICO.

A la fecha, constituye la primera y única norma nacional que abordó con una mirada integral la problemática de los pasivos ambientales⁵¹.

En sus considerandos, la Resolución refiere a las experiencias de Chile, Canadá, Estados Unidos, entre otros. Y reconoce la necesidad del PROSICO como “*una herramienta de gestión con capacidad para identificar, sistematizar, calificar y cuantificar procesos de degradación por contaminación y definir las estrategias de prevención, control y*

⁴⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, D. BURUCUA, A. (2015). *Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina. Análisis de casos y marcos jurídicos para un debate urgente*. Buenos Aires. Editorial El Jinete Insomne. De <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Libro-Pasivos-Ambientales-web.pdf>. P. 72.

⁴⁹ Cámara Nacional Civil, Sala H. (1999). *Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado c/ Propietario Estación de Servicio Shell*.

⁵⁰ BIDART CAMPOS, G. J. (2007). *Nociones constitucionales: Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires. Editorial Ediar. P. 105/107.

⁵¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, D. BURUCUA, A. (2015). *Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina. Análisis de casos y marcos jurídicos para un debate urgente*. Buenos Aires. Editorial El Jinete Insomne. De <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Libro-Pasivos-Ambientales-web.pdf>. P. 54.

recuperación de sitios contaminados, desarrollando conjuntamente el soporte regulatorio indispensable bajo el concepto de presupuesto mínimo de protección ambiental”⁵².

Para su operatividad, la Resolución disponía en su artículo 6 que el Programa se desarrollaría en 5 etapas:

- Proyecto I: Inventario Nacional de Sitios Potencialmente Contaminados.
- Proyecto II: Categorización y Priorización Preliminar de Sitios Potencialmente Contaminados.
- Proyecto III: Plan Nacional de Recuperación de Sitios Contaminados y Prevención de la Contaminación.
- Proyecto IV: Bases Normativas para la gestión de Sitios Contaminados.
- Proyecto V: Sistema Nacional de Vigilancia Ambiental de Sitios Contaminados y Restaurados.

Lo cierto es que el desarrollo de estos proyectos de implementación nunca vio la luz. Tampoco ha sido eficaz el impulso que normativamente en el año 2015 el Poder Ejecutivo Nacional pretendió darle al Programa mediante su modificación a través de la Resolución 940/15.

Sin embargo, el referido Programa ha recibido un nuevo impulso, ésta vez a través del Proyecto PNUD ARG 20/G27 (2020 - 2026), el cual es financiado por Fondo Mundial para el Medio Ambiente (FMAM) o GEF (siglas en inglés) e implementado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con apoyo del PNUD. Anhelamos que, esta vez, corra distinta suerte. Sin embargo, más allá del financiamiento, desde luego que importante, es clave que el Programa reciba el aval y voluntad política tanto Nacional como Provincial. Algo que, a la luz de los antecedentes en la materia, pareciera utópico⁵³.

⁵² <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-515-2006-116979/actualizacion>

⁵³ DANERI, M. (2022, 27 de marzo). *Neuquén no solicitó asistencia ante un derrame de petróleo. El auditor info*. De https://elauditor.info/informes-de-auditoria/neuquen-no-solicito-asistencia-ante-un-derrame-de-petroleo-_a61bbc8aec9e39f5b4248a037

V. c.- Ley Nacional de Residuos Peligrosos n° 24.051.

Fue sancionada el 17/12/1991 y promulgada el 08/01/1992. Es decir, es anterior a la reforma constitucional que instituyó la figura de las normas de presupuestos mínimos en nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de una norma nacional, que invita a las provincias a adherir. Comprende los procesos de contaminación derivados de la generación y gestión de residuos peligrosos.

Define a los residuos peligrosos en su artículo 2 como *“aquellos que pueden causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”*.

La ley se complementa con 2 anexos: el Anexo I, que establece la nómina de los residuos que serán considerados peligrosos, y el Anexo II que contiene las características de peligrosidad que deben tener los residuos.

La Ley 24.051 ha sido durante años la norma que mayor aproximación ha ofrecido al tema central de los sitios contaminados.

Se destaca por desarrollar en el Capítulo IX un régimen penal ambiental. En su artículo 55 desarrolla la conducta dolosa. En su artículo 56, la conducta culposa⁵⁴.

La discusión doctrinaria versa en torno al bien jurídico tutelado en dichos artículos. La dicotomía transcurre entre la salud pública y el ambiente.

Quienes ponen el foco en la salud pública fundan su postura en lo dispuesto en el citado artículo 55 de la referida ley, en cuanto refiere a que las conductas reprochables allí contenidas (envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas, sustancias alimenticias o medicinales) deben llevarse a cabo *“de un modo peligroso para la salud”*.

⁵⁴ Art. 55: *“será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.*

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.

Art. 56: *“Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años”.*

Sin embargo, posteriormente, la misma Arruiz (2022) cambió su postura⁵⁵. Funda su nuevo criterio en la “defectuosa técnica legislativa” de la norma en cuestión: “*nótese que el art. 55 prescribe: "Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Cód. Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general". No obstante, el propio art. 2º de la ley, al fijar la pauta respecto de qué residuo podrá ser calificado como peligroso por la autoridad de aplicación, dispone que será todo aquel "... que pueda causar daño directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general". De la lectura de esta última disposición puede fácilmente deducirse que la calificación de peligrosidad y el reproche del residuo como tal estarán dados por su potencialidad tanto para provocar un daño a seres vivos como para contaminar el ambiente. De esta manera, el juego interpretativo de ambas disposiciones y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico vigente permiten afirmar que el bien jurídico protegido es propiamente el ambiente, sin que ello implique dejar a un lado la salud pública*”.

De todas formas, el análisis respecto al bien jurídico tutelado carece de todo efecto práctico. Así lo evidencia el fallo “*Mocarbel, Jorge E. s/ Infracción ley 24.051*”⁵⁶, en que el Tribunal Oral Federal de Paraná acertadamente señaló que “*si bien, efectivamente, el tipo penal en cuestión, tutela bienes jurídicos de suma importancia – el medio ambiente y la salud – no debe entenderse como enmarcados en compartimentos estancos, independientes el uno del otro, como si el daño al primero de ellos no pudiere resultar, al menos, un peligro para el segundo*”.

Volviendo al articulado de la Ley 24.051, ésta prevé un sistema de responsabilidad por daños según el cual existe responsabilidad del generador en calidad de dueño, del

⁵⁵ ARRUIZ, Gabriela (2022). *Residuos peligrosos: análisis del fallo dictado en autos “Mocarbel, Jorge Elias”*. RDAMB 72.

⁵⁶ Tribunal Oral Federal de Paraná (2020). *Mocarbel, Jorge E. s/ Infracción ley 24.051*.

transportista en calidad de guardián y de los titulares de plantas de tratamientos y/o disposición final, en calidad de guardianes⁵⁷.

Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa (ex artículo 1113 del CC).

Para culminar el capítulo sobre responsabilidades, la ley establece que la responsabilidad del generador no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de los desechos peligrosos, a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final.

V. d.- Código Civil y Comercial de la Nación.

V. d. 1- Nuevo paradigma.

Al decir de Cafferata (2020), “*los derechos se multiplican a partir del CCYC*”⁵⁸, el cual empezara a regir en nuestro país en Agosto del año 2015.

¿Por qué? Dice Cafferata:

“1) Porque modifica el método de interpretación de la ley, dando cabida a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, lo que se compadece con la especial naturaleza principista, eticista y valorista del derecho ambiental.

2) Porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental).

3) Porque establece múltiples fuentes del derecho, pero su aplicación será conforme con la Constitución y los tratados de derechos humanos.

4) Porque introduce el concepto de “ambiente” (artículo 14).

⁵⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, D. BURUCUA, A. (2015). *Pasivos ambientales e hidrocarburos en Argentina. Análisis de casos y marcos jurídicos para un debate urgente*. Buenos Aires. Editorial El Jinete Insomne. De <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/Libro-Pasivos-Ambientales-web.pdf>. P. 82.

⁵⁸ CAFFERATA, N. (2020). *Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental*. Publicado en SJA. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1080/2020.

5) *Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).*

6) *Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.*

7) *Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva, en especial el abuso del derecho ambiental.*

8) *Porque introduce una norma de limitación por socialización del ejercicio de los derechos individuales, compatibilización o no afectación, con los derechos de incidencia colectiva, en especial con el derecho ambiental, en el artículo 240.*

9) *Porque, en síntesis, consagra reglas y principios moralizadores del ejercicio de los derechos individuales en función de la defensa del derecho ambiental”⁵⁹.*

Analicemos con mayor detenimiento lo referido por el citado autor.

V. d. 2- El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva.

Hasta la entrada en vigencia del CCYC, los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente tenían acogida en el artículo 43 CN y en la LGA (artículo 27). Por su parte, la jurisprudencia había hecho una interpretación de ellos. Tal el caso de Tolosa (2015)⁶⁰. Así, la CSJN en la causa “Mendoza” determinó que el ambiente configura un bien de incidencia colectiva, y que, por esta naturaleza, es de uso común, indivisible, tutelado de manera no disponible por las partes⁶¹.

⁵⁹ CAFFERATA, N. (2020). *Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental*. Publicado en SJA. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1080/2020.

⁶⁰ TOLOSA, N. (2015). *La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. De <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006). *Mendoza, Beatriz S. y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ daños y perjuicios*.

Sin embargo, el reconocimiento que les otorgó su tratamiento en el derecho de fondo es indispensable. Es que hacerlos parte del derecho común es sin dudas una eficaz fórmula para otorgarles firmeza y evitar su sometimiento a la voluntad del poder político.

En los fundamentos del anteproyecto del CCYC se habla de los derechos de incidencia colectiva como *“aquéllos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”*⁶².

El artículo 14 CCYC refiere que *“en este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”*. Esto reviste una *“enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de “ambiente” (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia “colectiva”, entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto. Y con ella pone límites al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales”*⁶³.

Sumado a ello, el artículo 240 CCYC⁶⁴ complementa este sistema disponiendo los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Allí refiere que este ejercicio *“debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva”*. No es azarosa la alusión al deber ser que formula la norma. De tal manera, hace hincapié en el carácter no facultativo para las partes.

⁶² Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional nº 884/2012. P. 541. De http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf.

⁶³ CAFFERATA, N. (2020). *Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental*. Publicado en SJA. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1080/2020.

⁶⁴ Art. 240: *“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”*.

Según Cafferata (2020) se consolida así un nuevo “orden público ambiental”⁶⁵.

La limitación que establece el CCYC a los derechos individuales respecto de los bienes relacionados con derechos de incidencia colectiva resulta perfectamente razonable. Significa el abandono del paradigma del derecho privado clásico, donde prima lo individual por sobre lo público, y la invocación de uno nuevo, que actúa en sentido contrario, aún a costa de restringir los derechos individuales⁶⁶.

Y no resulta ninguna novedad. Por ejemplo, entre otros, en el precedente “Ercolano” (es cierto que no en una causa de índole ambiental sino habitacional), la CSJN ya en 1922 había resuelto que “*ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última*”⁶⁷.

Concluye Garrido Cordobrerá (2015) que “*la masificación y propagación de los peligros y su carácter difuso o colectivo exigen este cambio de paradigma y de enfoque y justifican la aceptación con rango propio del tipo de derechos de incidencia colectiva, finalmente receptados en el art. 14 del CCYC.*

Se trata de organizar la calidad de vida, de mantener el orden, la paz y la seguridad, de que "lo nuestro, lo compartido" sea protegido (no solamente lo individual), de captar la noción de solidaridad social y lograr la recepción y de armonizarlos en el Derecho Privado del proceso creciente de constitucionalización y de captación de los Derechos Humanos, del enfoque sistémico e interdisciplinario, de traspasar los cotos inexpugnables

⁶⁵ CAFFERATA, N. (2020). *Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental*. Publicado en SJA. Cita Online TR LALEY AR/DOC/1080/2020

⁶⁶ TOLOSA, N. (2015). *La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. De <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (1922). *Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ consignación judicial*.

de las diferentes ramas del Derecho para centrarse en la tutela de los derechos individuales al lado de los colectivos y de su prevención”⁶⁸.

V. d. 3- El daño y su prevención.

La definición de daño la encontramos en el artículo 1737: *“hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*.

Dicen Sabsay y Fernandez (2016) que aquí la novedad se centra en *“la vinculación que el Código de fondo hace entre el daño y la lesión a un derecho de incidencia colectiva”*⁶⁹.

Sobre la base de este artículo, refiere Pablo Lorenzetti (2015), todas las herramientas vinculadas a la responsabilidad civil resultan directamente aplicables a los daños ambientales colectivos⁷⁰, entre ellos, los pasivos ambientales.

El artículo 1710⁷¹ decreta el deber de prevenir el daño. El artículo 1711⁷² determina la acción preventiva en los casos que sea previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, para la que legitima a quien acredite un *“interés razonable”* (artículo 1712⁷³).

⁶⁸ GARRIDO CORDOBRERA, L. (2015) *Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (art. 14)*. Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba. De <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/23690/23300>.

⁶⁹ SABSAY, D. y FERNANDEZ, C. (2016). *El Código Civil y Comercial y el ambiente*. La Ley. De <https://docer.ar/doc/ce15xc>

⁷⁰ LORENZETTI, P. (2015) *Antijuricidad como Presupuesto de la Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. Su Reformulación a partir del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires. Julio-Septiembre. N° 43. P. 31.

⁷¹ Art. 1710: *Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

⁷² Art. 1711: *Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*

⁷³ Art. 1712: *Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.*

La tutela preventiva nos acerca a una visión humanista de la justicia y al modelo vigente en el derecho de daños que, en lugar de reaccionar frente al acaecimiento del hecho dañoso, busca prevenirlo. Justamente, a los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Ello, en virtud de la complejidad que implica la recomposición del ambiente una vez consumado el hecho dañoso⁷⁴.

Dice Ricardo Lorenzetti (2015) que *“la jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los artículos 42 y 43 de la CN, los que expresamente prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia”*⁷⁵.

Si bien la doctrina es conteste en destacar el rol previsor por sobre el reparador en materia de daños del CCYC, lo es más cuando se trata del daño al ambiente. Es que el bien jurídico tutelado es, en este caso, de tal importancia que la prevención adquiere una relevancia notoria⁷⁶.

Se impone así una aclaración importante: en materia de daños no es necesario entonces legitimarse acreditando ser el titular de un derecho individual respecto del bien en peligro sino que basta con mostrar un interés razonable en la evitación del daño, su continuación o agravamiento.

Dado el carácter de legislación de fondo del CCYC (por imperio del artículo 75, inciso 12, CN), la legitimación de quien porta un *“interés razonable”* otorgada para la acción preventiva se proyecta a todas las normas que en materia ambiental consagran remedios preventivos propios de la tutela inhibitoria⁷⁷.

⁷⁴ SABSAY, D. y FERNANDEZ, C. (2016). El Código Civil y Comercial y el ambiente. La Ley. De <https://docer.ar/doc/ce15xc>

⁷⁵ LORENZETTI R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal Culzoni, 1º edición, Tomo VIII. P. 297.

⁷⁶ LAGO, D. (2015). *La acción preventiva del daño (arts. 1711/1713 del Código Civil y Comercial). Su aplicación al daño ambiental*. Publicado en RDamb 43. Cita online TR LALEY AR/DOC/5098/2015.

⁷⁷ LAGO, D. (2015). *La acción preventiva del daño (arts. 1711/1713 del Código Civil y Comercial). Su aplicación al daño ambiental*. Publicado en RDamb 43. Cita online TR LALEY AR/DOC/5098/2015.

Sumado a lo expuesto, es importante destacar lo dispuesto por el artículo 1735 CCYC⁷⁸, en tanto incorpora las cargas dinámicas de la prueba. En materia ambiental, ello significa un enorme aporte atento corresponder aportar la prueba a quien esté en mejor condición de hacerlo. No es fácil recabar la información necesaria para accionar judicial o administrativamente aun existiendo herramientas legales tales como la Ley n° 27.275 de Acceso a la Información Pública y la Ley n° 25.831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Con todo esto, Tolosa (2015) se pregunta si resultó de utilidad la incorporación de los derechos de incidencia colectiva para la protección del ambiente, a lo que contesta afirmativamente en tanto amén de resultar útil devino necesario para alcanzar una adaptación de nuestro ordenamiento normativo a las pautas internacionales en vigencia⁷⁹.

V. d. 4- La legitimación activa del CCYC vs. LGA.

Hemos analizado ut supra la legitimación prevista para la interposición de la acción preventiva, regulada en el (artículo 1712).

Por su parte, la LGA en su artículo 30 reza que *“producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la CN, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.*

⁷⁸ Art. 1735: *Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*

⁷⁹ TOLOSA, N. (2015). *La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.* De <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/96/la-regulacion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-materia-ambiental-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Es decir, la acción de amparo que habilita la LGA es de una legitimación más amplia y generosa que la dispuesta en el CCYC para la acción preventiva, recordemos, ajustada a quienes porten un interés razonable.

Si bien no toda acción de “cese” tramita vía amparo, en los casos que sí, habrá dar que prevalencia a la LGA por sobre la legitimación contemplada en el CCYC para la acción preventiva.

Así, si el caso exhibe las características que hacen procedente la acción de amparo y si la ley que lo regula en la jurisdicción de que se trate admite una legitimación tan amplia como la que lo concede a “*todo habitante*” o a “*toda persona*”, no hará falta acudir a los artículos 1711 a 1713 CCYC⁸⁰.

V. e.- Ley n° 14.343 de la Provincia de Buenos Aires.

La ley n° 14.343 fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 23/01/2012.

Tiene como materia de regulación la individualización de pasivos ambientales y la obligación de recomponer los sitios caracterizados como contaminados.

Si bien el propio texto de la ley estipula que el Poder Ejecutivo dictará la reglamentación de la ley en un plazo de 180 días a partir de la entrada en vigencia, recién en el 2014 fue dictada la Resolución OPDS 95/2014, que viene a reglamentar parte de la Ley n° 14.343, en especial, lo atinente al inicio, ejecución y finalización de tareas de remediación de sitios contaminados ubicados en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

⁸⁰ LAGO, D. (2015). *La acción preventiva del daño (arts. 1711/1713 del Código Civil y Comercial). Su aplicación al daño ambiental*. Publicado en RDamb 43. Cita online TR LALEY AR/DOC/5098/2015.

Ya hemos citado la definición que la presente ley brinda de los pasivos ambientales en su artículo 3 (ver punto III. a.-).

Por su parte, el artículo 5 refiere que *“están obligados a recomponer los pasivos ambientales y/o sitios contaminados, los sujetos titulares de la actividad generadora del daño y/o los propietarios de los inmuebles, en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad. El pasivo generado puede encontrarse indistintamente en el propio establecimiento o en terrenos adyacentes a él, públicos o privados”*.

Sin embargo, la reglamentación hace referencia al responsable de la contaminación, repitiendo la fórmula utilizada en el mencionado artículo 5 de la Ley, pero difiere en cuanto la conjunción utilizada. Mientras que en la Ley se señala como responsables de la recomposición a *“...los sujetos titulares de la actividad generadora del daño y/o los propietarios de los inmuebles, en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad”*, la Resolución OPDS 95/2014 indica que *“se entenderá por responsable de la contaminación a los sujetos titulares de la actividad generadora de la misma o a los propietarios de los inmuebles en el caso de que no se pueda ubicar al titular de la actividad, conforme lo estipulado por el art. 5° de la ley 14.343”*.

Marca de esta manera la reglamentación una diferencia respecto a la ley, lo que lleva a algunos a cuestionar la constitucionalidad de tal extensión, en la medida que resulta competencia exclusiva del Congreso Nacional el dictado de normas de responsabilidad civil⁸¹.

A pesar de ello, la omisión del "y", parecería establecer claramente que las opciones son excluyentes, activándose la segunda responsabilidad sólo en el caso que no pueda ser ubicado el titular de la actividad.

Ahora bien, este mecanismo sería aplicable a los pasivos contemporáneos, cuyos titulares puedan ser identificados mediante el mecanismo propuesto en la ley, pero no resulta claro si resulta aplicable a los pasivos *"históricos"*.

⁸¹ MALM GREEN, G. y MURGIER, A. (2012). *La nueva ley de pasivos ambientales en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires. Editorial Thomson Reuters.

Se elabora la idea de pasivos históricos a fines de caracterizar aquellos daños ambientales generados a lo largo de los años como consecuencia de la falta de regulación de la actividad, obedeciendo ello fundamentalmente al conocimiento técnico y el estado de la ciencia al momento de su producción. O al decir de Siano (2014), no eran pasivos ambientales al momento de su estudio.⁸² Se pueden advertir ejemplos generados producto de una defectuosa gestión de los residuos, o una precaria organización de la zonificación, entre otras causas.

En la Resolución OPDS 95/2014 tampoco se hace alusión a este tipo de pasivos ni a la atribución de responsabilidad en cuanto a su saneamiento.

VI.- Mecanismos para prevención y manejo de pasivos ambientales.

Una de las herramientas más populares en el Derecho comparado son sin dudas los fondos colectivos.

En Estados Unidos, por ejemplo, en 1980 el Congreso promulgó la Ley de Pasivo, Compensación y Respuesta Ambiental Abarcativa (CERCLA), que creó un fondo fiduciario (mejor conocido como “Superfondo”).

El Superfondo se nutre presupuestariamente de aportes provenientes de gravámenes a las industrias químicas y del petróleo, así como por fondos provenientes de las acciones dirigidas a los potenciales responsables de la contaminación, por parte del gobierno, luego o durante la realización de la remediación respectiva.

Mediante el Superfondo, el Estado persigue en primer lugar al potencial responsable de la contaminación, en un marco de responsabilidad solidaria, y que opera en forma retroactiva.

Dicha retroactividad implica que si bien el Superfondo fue sancionado en el año 1980, es aplicable a toda contaminación que hubiera sido provocada aún con anterioridad. Diversos

⁸² SIANO, J. M. (2014). Pasivos Ambientales y Cambio de Paradigma. Aplicaciones Prácticas del Principio de Progresividad. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. P. 140.

precedentes judiciales apoyaron la retroactividad de la norma, aún con la reticencia de gran parte del sector privado⁸³.

Si bien la responsabilidad es solidaria, existe la posibilidad de una acción de repetición de quien afronte los costos de la remediación respecto del resto de los potenciales responsables del hecho que produce el daño. Éste esquema, como veremos, es muy similar al regulado en nuestra LGA.

El administrador del fondo es uno: la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, que trabaja en cooperación con las jurisdicciones de cada Estado y las tribus de pueblos originarios.

Dicha cooperación no está exenta de ciertas interferencias. Este sistema *“no ha terminado de definir competencias claras entre las agencias federales y las agencias estatales, por lo que aún subsisten instancias y ejemplos de superposiciones y concurrencias jurisdiccionales que devienen en una virtual doble reglamentación”*⁸⁴.

Explica Walsh (2000) que *“en esencia, el Superfondo faculta a la agencia ambiental a identificar sitios altamente contaminados y establecer un cronograma de prioridades para su remediación posterior. De acuerdo a este marco normativo, la agencia ambiental puede recuperar los costos de la remediación por medio de acciones legales contra posibles responsables de las actividades que dieron origen a la contaminación. En los hechos, este mecanismo permite trazar hacia atrás la cadena de custodia del predio o establecimiento impactado, hasta identificar a la persona u organización responsable. En otros casos, de no identificarse ninguna persona responsable, el fondo solventa los costos de la remediación con imputación a las partidas presupuestarias generales...”*⁸⁵.

⁸³ DI PAOLA, M. y SABSAY, D. (2003). *El daño ambiental colectivo y la nueva Ley General del Ambiente*. Buenos Aires. Anales de Legislación Argentina, boletín informativo nº 17. Editorial La Ley. P. 1 y 2.

⁸⁴ PREUSS, F. y WALSH, J. (1997). *Los presupuestos mínimos y las competencias ambientales*. Buenos Aires. Editorial La Ley. P. 926.

⁸⁵ WALSH, J. (2000) *Gestión de pasivos ambientales: mecanismos institucionales para su prevención y manejo*. De <http://www.estrucplan.com.ar/gestion-de-pasivos-ambientales-mecanismos-institucionales-para-su-prevencion-y-manejo>.

A diferencia del Superfondo, la LGA instituye en su artículo 34 el denominado Fondo de Compensación Ambiental, disponiendo que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y no por una agencia nacional.

El derecho brasileño también establece que los montos provenientes de indemnizaciones por daño ambiental deben destinarse a fondos conformados por el Consejo Federal o de los Estados, destinados a preservar y reparar el ambiente⁸⁶.

Explica Hutchinson (2011) que *“la existencia de mecanismos de financiación colectiva permite: i) acelerar los procesos de reparación; ii) prevenir aquellos casos de insolvencia del responsable por razón de la importancia de los daños ocasionados por la contaminación, o en aquellos otros en los que el sujeto agente contaminador no está identificado, e incluso cuando la contaminación tiene su origen en un suceso no determinante de responsabilidad, como puede ser una condición climatológica excepcional o un terremoto...”*⁸⁷.

VII.- Ideas para un proyecto de norma de presupuestos mínimos de pasivos ambientales.

El objeto de la ley será establecer los presupuestos mínimos para identificar, censar y registrar los pasivos ambientales provenientes de toda actividad antrópica, como así también establecer las obligaciones referentes a la recomposición de tales pasivos por parte de los responsables, todo ello a los fines de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 41 de la CN.

Es importante destacar que en una Ley de Presupuestos Mínimos no se puede pretender agotar la temática. Es decir, en una ley de tales características corresponde establecer el marco conceptual básico (como ser definiciones, principios de gestión, determinación de responsabilidades, deberes y obligaciones y determinación de la autoridad de aplicación).

⁸⁶ DE ARAUJO FERREIRA, M. (2002). *Dano Ambiental: Dificuldades na determinação da responsabilidade e valoração*. Disertación de Maestrando, Facultad de Derecho de Recife, Universidad Federal de Pernambuco.

⁸⁷ HUTCHINSON, T. MOSSET ITURRASPE, J. y DONNA, E. (2011) *Daño Ambiental*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal Culzoni - Tomo II.

Todo lo que escapa de esas grandes directrices deberá ser objeto de la pertinente reglamentación por parte del Estado Nacional así como de normas provinciales de complemento, como ser: lineamientos técnicos, valores de evaluación e intervención, metodologías de investigación, entre otros.

VII. a.- Definiciones:

La definición de pasivo ambiental no reviste mayor complejidad. En tal sentido, tomando como base la establecida en la Ley n° 14.343 de la Provincia de Buenos Aires y simplificándola, podría conceptualizarse el mismo como el conjunto de daños ambientales producidos por cualquier tipo de actividad que constituyan un riesgo permanente y/o potencial para la salud humana y/o el ambiente, y que haya sido abandonado por su responsable.

VII. b.- Principios de gestión:

En cuanto a herramientas de gestión de pasivos ambientales, la evaluación de riesgos para la salud humana viene siendo adoptada cada vez más por las agencias ambientales en varios países de todo el mundo.

A principios de la década del 90', la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos comenzó a promover la utilización de un proceso de acciones correctivas basadas en el riesgo (RBCA). En 1995 la American Society for Testing and Materials (ASTM) desarrolló un estándar denominado "*Guide for Risk Based Corrective Action Applied at Petroleum Release Sites*"⁸⁸. Se trata de una guía que establece los pasos a seguir para desarrollar los análisis de riesgo en emplazamientos contaminados por vertidos de sustancias químicas y que tiene como objeto ayudar en la gestión de sitios contaminados.

Refiere Siano (2014) que las RBCA se encuentran ampliamente difundidas y parten de la idea de que las remediaciones no deben hacerse en función de objetivos generales

⁸⁸ Se puede encontrar la misma traducida al idioma castellano en el siguiente link: [http://www.ingenieroambiental.com/4031/00069-AST\[1\]...pdf](http://www.ingenieroambiental.com/4031/00069-AST[1]...pdf)

determinados por la legislación sino por objetivos específicos para cada sitio, diseñados en función de criterios de riesgo⁸⁹.

El proceso RBCA se implementa escalonadamente, con niveles de sofisticación creciente de colección y análisis de datos. Las suposiciones propias de los primeros escalones del proceso se ven reemplazadas en etapas posteriores por datos e información específica del sitio⁹⁰. El proceso está dividido en 3 niveles de investigación: Tier 1, Tier 2 y Tier 3. Cada uno de los niveles involucra la obtención de información más detallada que en el nivel anterior, a saber:

- *“Preliminary site assessment: se realiza una investigación relacionada con la historia del sitio, la ubicación de la fuente de contaminación, la ubicación de los receptores, la identificación de las vías de transporte y de exposición, los usos futuros del predio, la hidrogeología regional y las características geológicas regionales (profundidad a la napa freática, extensión del acuífero, dirección del gradiente hidráulico, calidad del suelo y el agua subterránea, uso real y/o potencial del acuífero, etc.), el tipo de producto químico derramado, el volumen y el área del derrame, los usos y la ubicación de las propiedades vecinas, el tipo de sistema de abastecimiento de agua potable de los receptores, los usos locales de los recursos impactados por el derrame, etcétera.*
- *Clasificación del sitio y las acciones de respuesta inmediatas: luego de relevadas estas características del sitio, el mismo se clasifica en términos de su necesidad de aplicación de acciones de respuesta inmediata. De esta forma, la clasificación 1 está relacionada, por lo general, con acciones inmediatas de remediación; las clasificaciones 2 y 3 involucrarán acciones de remediación a corto o mediano plazo, o acciones de monitoreo, mientras que la clasificación 4 estará vinculada con acciones sólo de monitoreo u otras a desarrollarse de acuerdo al caso particular”⁹¹*

Como mencionara, los 3 niveles de investigación que prevé la guía son los siguientes:

⁸⁹ SIANO, J. M. (2014). Pasivos Ambientales y Cambio de Paradigma. Aplicaciones Prácticas del Principio de Progresividad. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. P. 140.

⁹⁰ CONGHOS, E. (2012). *La Ley 25.675 y la recomposición ambiental: reflexiones sobre la nueva ley de remediación de sitios contaminados de la Provincia de Buenos Aires*”. Buenos Aires. *Revista de Derecho Ambiental* nº 31. Editorial Abeledo Perrot. P. 211.

⁹¹ POGGIO, F. (2006). *El análisis de riesgo RBCA en el desarrollo de objetivos de remediación*. De <http://biblioteca.iapg.org.ar/ArchivosAdjuntos/Petrotecnia/2006-1/ElAnalisis.pdf>

Tier 1:

- Se desarrolla un modelo conceptual del sitio y se evalúan las fuentes de contaminación, los mecanismos de transporte, las vías de exposición y los receptores.
- Los niveles de contaminación existentes en el predio se comparan con los risk-based screening levels (RBSL), que son niveles guía, no específicos para el sitio, desarrollados mediante parámetros toxicológicos, físicos y de exposición estándar. Si los niveles de contaminación presentes en el sitio son mayores a los RBSL, se puede decidir remediar hasta estos niveles guía o buscar objetivos de remediación sitio-específicos, a través del nivel de investigación Tier 2.

Tier 2:

- Se realiza una recopilación de información adicional, si fuese necesario, que por lo general se relaciona con características hidrológicas y geológicas locales, determinación de posibles cambios en las concentraciones de los compuestos de referencia con el transcurso del tiempo, etcétera.
- Se desarrollan valores de riesgo para los receptores, relacionados con el padecimiento de enfermedades inherentes a los compuestos presentes en el sitio. Estos valores son, a su vez, comparados con estándares presentes en la norma, como ser el riesgo de padecer cáncer, que se fija como aceptable entre 1 en 10.000 y 1 en 1.000.000.
- Se desarrollan site-specific target levels (SSTL) u objetivos de remediación sitio-específicos basados en el riesgo. Los niveles de contaminación existentes en el predio se comparan contra estos objetivos y si los mismos son mayores a los SSTL desarrollados, se puede decidir remediar hasta estos objetivos o buscar nuevos objetivos de remediación sitio-específicos, a través del nivel de investigación Tier 3.

Tier 3:

- Se recopila información adicional.
- Se utiliza información estadística compleja y modelos de transporte de contaminantes más sofisticados que los usados para Tier 2.
- Se desarrollan SSTL para el área fuente y los puntos exposición.

En nuestro país, en el año 1993 se dictó el Decreto 831 que reglamenta la Ley n° 24.051 de Residuos Peligrosos. En su Anexo II, el citado Decreto establece los niveles guía que se utilizan como referencia para determinar si un suelo se encuentra o no contaminado.

De allí que deviene necesario traer a colación el proceso RBCA a la hora de analizar la gestión de sitios contaminados, a fin de contrastarlo con los niveles guías del Decreto 831/93.

Refiere Alonso (2022) que *“a nivel local, algunas jurisdicciones han dictado normativa propia⁹², muchas de ellas tomando como referencia también el Decreto 831/93 para los compuestos de interés regulados (contaminantes), y en algún caso referenciando otras normas extranjeras⁹³.”*

La norma a dictarse deberá no solo establecer criterios de calidad del suelo (tablas técnicas), sino también sería conveniente que incorpore la utilización de las acciones correctivas basadas en análisis de riesgos (Risk Based Corrective Action – RBCA) como una metodología válida para fijar límites u objetivos de remediación. Asimismo, deberán contemplarse las complejas situaciones de los sitios contaminados en poder del Estado o de los sitios abandonados, estableciéndose una versión argentina del Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act de los Estados Unidos de Norteamérica (CERCLA, conocido como Super Fund)”⁹⁴.

VII. c.- Determinación de responsabilidades:

Es esencial determinar quién deberá responder por el sitio contaminado, amén de la gestión del mismo que ut supra analizáramos. Consideramos que la obligación de realizar las tareas de recomposición de los pasivos ambientales compete a:

⁹² A modo de ejemplo, la Provincia de Buenos Aires ha dictado la Ley 14.343 sobre Pasivos Ambientales y la Resolución OPDS 95/14. Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con la Ley 6.117 y la Resolución APRA 326/13.

⁹³ La norma de la provincia de Buenos Aires remite a la normativa holandesa.

⁹⁴ ALONSO, S. (2022). *El estado de la normativa ambiental en Argentina. Perspectivas regulatorias y deudas notorias*. Revista El Derecho. Nro. 2.

- 1) Las personas físicas o jurídicas titulares de la actividad generadora del daño ambiental.
- 2) Los propietarios de los inmuebles, cuando no fuese posible identificar al titular de la actividad.
- 3) La autoridad de aplicación, cuando no fuese posible identificar a los responsables o estos fuesen insolventes. Esto, sin perjuicio del derecho de obtener la repetición por parte de aquellos. Para la actuación estatal, es indispensable, como veremos a continuación, la creación de un Fondo de Compensación de Pasivos, como instrumento económico de garantía financiera que hace posible la adecuada gestión ambiental de recursos ambientales dañados.

VII. d.- Fondo de Compensación de Pasivos:

Habiendo ya analizado los conceptos de daño ambiental, pasivo ambiental y el prioritario deber de recomposición impuesto por nuestra CN, podemos afirmar que los Fondos de Compensación de Pasivos pueden constituir un mecanismo complementario para financiar la reparación de daños ambientales, el saneamiento de pasivos ambientales y el restablecimiento del medio ambiente a sus cualidades básicas.

La magnitud y las particulares características del daño ambiental llevan, en un sinnúmero de oportunidades, a que los sistemas de responsabilidad ambiental y los seguros no lleguen a cubrir en su totalidad la reparación, por lo que dichos Fondos se han convertido en un instrumento esencial a la hora de planificar una política ambiental sólida por parte del Estado.

El Fondo ha recibido un impulso legal para su implementación mediante el artículo 52 de la Ley 27.431 que aprobara el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2018. Sin embargo, lo que parece un avance a resaltar no es más que una mera expresión de deseos. ¿Por qué? Por la falta de operatividad de dicho Fondo, que no hace más que replicar la falta de operatividad ya heredada del artículo 34 de la LGA.

Recordemos que el citado artículo 34 crea el Fondo de Compensación Ambiental⁹⁵.

Como vemos, la LGA ya había creado el Fondo a nivel nacional, ordenando que por ley especial (y no general, como es la Ley de Presupuesto) se legislara su integración, composición, administración y destino.

Por lo tanto, lo que parecía una puesta en marcha del Fondo mediante el citado artículo 52 de la Ley 27.431, adolece no obstante de los mismos vicios ya vigentes ante la inacción del Poder Ejecutivo Nacional para arbitrar los medios necesarios, a nivel reglamentario, que tornen eficaz los Fondos de Compensación Ambiental o de Pasivos.

Por lo expuesto, mediante una ley especial como la que se propone con el presente trabajo es que podemos encauzar esta problemática.

VII. d. 1- Destinos del Fondo:

Menciona Iriarte (2018) como destinos que habitualmente se dan a este tipo de Fondos, de modo meramente enunciativo, los siguientes:

- Garantía de la calidad ambiental;
- Prevención y mitigación de los efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente;
- Atención de emergencias ambientales;
- Protección, preservación, conservación, compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente;
- Restauración ambiental;
- Aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y el ambiente⁹⁶;
- Defensa de la biodiversidad;
- Educación ambiental y concientización ciudadana, entre otros⁹⁷.

⁹⁵ Art. 34. Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado.

La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

⁹⁶ Hasta aquí, los destinos son los previstos expresamente en la LGA, en su art. 34.

VII. d. 2- Estructura financiera del Fondo:

Asimismo, desde el punto de vista de la estructura financiera de los mismos, Norris (2000) los clasifica de la siguiente manera:

- Fondo de capital: es aquel que gasta solo el ingreso a partir de su capital, conservando el capital en sí como activo permanente.
- Fondo extingible: es aquel que gasta su ingreso total del principal y de la inversión a lo largo de un período fijo de tiempo, que es, por lo general, relativamente largo.
- Fondo revolvente: es aquel que recibe nuevos ingresos sobre una base regular -tales como ganancias provenientes de impuestos especiales, cuotas de usuario, etc.- para regenerar o aumentar el capital original⁹⁸.

Cabe destacar que pueden encontrarse tipos puros de estas clases de Fondos, o bien, puede darse una combinación entre ellos. Todo dependerá de la finalidad perseguida con la conformación del Fondo, así como también la composición de los agentes aportantes al mismo (ONG, agencias estatales, donantes privados, conceptos tributarios, etc.).

VII. d. 3- Modalidades del Fondo.

Según Morales Lamberti (2008) pueden distinguirse, según su *modus operandi*, diversas modalidades de Fondos:

1. Fondos de garantía: se ponen en marcha cuando la víctima no obtiene indemnización, o no se puede verificar al responsable, o éste es insolvente.
2. Fondos complementarios: actúan cuando existe un límite máximo de responsabilidad que es sobrepasado.

⁹⁷ IRIARTE, P. (2018). *Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro*. De <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>

⁹⁸ NORRIS, R. (2000). *Manual de Fondos Ambientales del IPG (Interagency Planning Group on environmental funds)*. De <https://static1.squarespace.com/static/57e1f17b37c58156a98f1ee4/t/5b9ff446032be4e189b6d281/1537209416181/ipg-manual-de-manejo-de-fondos-ambientales-2000.pdf>. P. 10.

3. Fondos autónomos: operan en los supuestos de daños provocados por causas cuyos orígenes no están identificados.

4. Fondos de subrogación: reparan de manera automática el daño y, posteriormente, buscan al presunto responsable del mismo para repetirle lo abonado⁹⁹.

VII. d. 4- Estructura jurídica del Fondo:

Respecto de la estructura jurídica a adoptar por los Fondos ambientales, que dependerán del sistema jurídico del país en cuestión, Iriarte (2018)¹⁰⁰ menciona los siguientes:

- Fideicomiso: mayormente receptado en países anglosajones, con sistemas jurídicos basados en el common law;
- Asociaciones sin fines de lucro o fundaciones: como ser la Indonesian Biodiversity Foundation (Indonesia) y la Environmental Foundation of Jamaica (Jamaica);
- Constitución mediante acuerdos bilaterales: como ser la Iniciativa para las Américas o el Fondo Nacional de El Salvador;
- Creación como entes públicos no estatales o descentralizados.

Adicionalmente, en cuanto a la organización del Fondo, ella puede estructurarse dentro del nivel local, nacional o regional.

Incluso más: la CEPAL (2019) ha resaltado las experiencias de Fondos constituidos a nivel internacional, principalmente en relación a pasivos ambientales mineros¹⁰¹.

Finalmente, el carácter o naturaleza del Fondo puede ser público, privado o mixto. Dependerá del andamiaje jurídico y organizacional que se le quiera dar al mismo.

⁹⁹ MORALES LAMBERTI, A. (2008). *Estudios de Derecho Ambiental*. Córdoba. Editorial Alveroni. P. 118.

¹⁰⁰ IRIARTE, P. (2018). *Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro*. De <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>

¹⁰¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Remediación y activación de pasivos ambientales mineros en el Perú*. De https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45068/1/S1901182_es.pdf

VII. d. 5- La experiencia de CABA. La Ley 3.341:

Sobre la materia es necesario analizar la experiencia de CABA. En Diciembre del año 2009 la Legislatura porteña dictó la Ley n° 3.341. En su artículo 1 establece que *“la presente Ley tiene por objeto establecer la integración, composición, administración y destino del Fondo de Compensación Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco del art. 34 de la Ley Nacional N° 25.675”*.

La administración del mismo, según el artículo 2, está a cargo de la Agencia de Protección Ambiental (en su carácter de autoridad de aplicación).

Por su parte, el artículo 3 establece el destino del Fondo:

“a. Sustentar los gastos de capital de las acciones y obras de restauración o mitigación de los perjuicios generados por un daño ambiental colectivo, en los casos en que los responsables primarios sean insolventes o indeterminados.

b. Compensar el menoscabo ambiental mediante acciones u obras que tiendan a mejorar el ambiente y que representen valores colectivos para la población de la zona afectada”.

Destaca Iriarte (2018) que aquí se ve claramente que el Fondo adopta, bajo el prisma de las figuras analizadas en el punto VI. d. 3-, la modalidad de Garantía, ya que solo se solventarán los gastos de la remediación para casos en que los causantes sean insolventes o indeterminados, es decir, claros casos en los que nos encontramos frente a pasivos ambientales¹⁰².

En cuanto a la estructura jurídica del Fondo, la Ley n° 3.341 prohíbe, bajo pena de nulidad, la utilización de la figura del fideicomiso para la composición o administración del Fondo. Sin embargo, no especifica qué tipo de estructura jurídica corresponde al mismo ni define su administración. Así, vemos una clara diferencia con el más reciente Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental de Administración y Financiero en el ámbito nacional, que analizaremos a continuación (conforme Resolución 334/2019 dictada por la entonces Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable).

¹⁰² IRIARTE, P. (2018). *Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro*. De <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>

El Fondo de Compensación Ambiental no constituye una garantía supletoria a favor de los damnificados directos de daños ambientales, es decir, que no procede para indemnizar el daño a los bienes o a las personas a través del ambiente, sino solo el daño de incidencia colectiva, en consonancia con lo prescripto por el artículo 28 de la LGA.

Viendo el vaso medio lleno, podemos afirmar que la Ley n° 3.341 es un avance en la materia. Pero el vaso medio vacío deja a las claras su insuficiencia. Esta insuficiencia es consecuencia de la falta de definición en la norma de cuestiones tan relevantes como su composición estructural, efectivo funcionamiento y estructura jurídica.

VII. d. 6- Reglamentación del Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental.

La Resolución de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable n° 334/19 y su anexo reglamentaron la administración del Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental de Administración y Financiero creado por la ya mencionada Ley n° 27.431.

Respecto a la estructura de administración y gobernanza del Fondo, la reglamentación establece dos figuras:

- Comité Ejecutivo: integrado por el Secretario de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable (actual Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible), como Presidente; el Secretario de Política Ambiental en Recursos Naturales; el Secretario de Cambio Climático y Desarrollo Sustentable y el Secretario de Control y Monitoreo Ambiental; el titular de la Unidad de Coordinación General y la Subsecretaria Interjurisdiccional e Interinstitucional, o quienes detenten sus funciones en el futuro.

Entre las responsabilidades del Comité Ejecutivo, figura la de aprobar el modelo de contrato de fideicomiso, herramienta fundamental del esquema. El Comité debe establecer las políticas de implementación, aplicación y financiamiento del Fondo, entre otros.

- Unidad Coordinadora: administra la relación entre la autoridad ambiental nacional y el fiduciario; emite las instrucciones al fiduciario, en virtud de las decisiones tomadas por el Comité Ejecutivo; efectúa toda clase de actos jurídicos, operaciones y contratos autorizados por las leyes, ya sea de naturaleza civil, comercial, administrativa, o de

cualquier otra que se relacionen con el objeto perseguido; asesora al Comité Ejecutivo en el desarrollo y gestión de proyectos; establece los requisitos de elegibilidad y los criterios de calificación mínimos para los proyectos que deberá aprobar el Comité Ejecutivo a los que se destinen recursos del Fondo, entre otros.

Otro punto por remarcar respecto de la reglamentación es que prevé la creación de “*subcuentas*” dentro del Fondo. El instrumento de creación de cada subcuenta debe prever el régimen de administración, ejecución y rendición. Ello posibilita crear subcuentas específicas para distintos tipos de instrumentos de ejecución de recursos, distintos tipos de fuentes de financiamiento, distintos objetivos a lograr, o incluso distintos destinatarios.

La reglamentación del Fondo dispuesta en la Resolución 334/19 representa el último acto referido al Fondo.

Como elementos negativos cabe destacar que hasta el momento el Fondo no fue constituido por contrato correspondiente con una entidad bancaria habilitada para tal fin, ni se encuentra operativo. El fideicomiso no ha sido constituido y tampoco han sido creados el Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité Ejecutivo ni el que corresponde a la Unidad Coordinadora. No existe evidencia de que esos organismos claves del Fondo hayan sido formalmente conformados.

También es cuestionable la estructura dispuesta de administración y gobernanza. Luce razonable que el Comité Ejecutivo esté integrado por representantes de distintas áreas de gobierno del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación, pero adolece de integrantes de diferentes jurisdicciones, así como representantes de la sociedad civil y otros actores no gubernamentales. Vale aquí traer a colación la experiencia del Comité Ejecutivo del Fondo Fiduciario para la Protección de los Bosques Nativos, que prevé la inclusión de un representante del COFEMA.

Como la reglamentación lo indica, el Fondo se estructura como un fideicomiso de administración y financiero. Ésta figura recibe habitualmente críticas por su falta de transparencia y control, lo que deviene en la utilización de los fondos recaudados para fines distintos de aquéllos para los cuales fueron creados. Esto obedece a que para la contabilidad pública los recursos transferidos o receptados en fondos fiduciarios figuran

presupuestariamente como recursos ejecutados. Por eso es importante que la normativa aplicable y el reglamento específico del Fondo contemplen mecanismos de reportes periódicos a la administración pública, como también informes de uso y destino de los recursos que se transfieren o ejecutan desde el mismo.

Sin perjuicio de los puntos negativos resaltados, constituye un gran avance que se haya creado el Fondo Fiduciario por ley y que haya una reglamentación de la autoridad ambiental nacional al respecto. Con acordar la constitución del fideicomiso con una entidad bancaria, organismo internacional u otra figura similar, se tendría un Fondo de Compensación Ambiental finalmente operativo.

VII. d. 7- Algunas propuestas para instrumentar el Fondo.

En nuestra opinión, a fin de aportar ideas para la elaboración de la ley objeto del presente trabajo y considerando las experiencias del derecho comparado, creo en la conveniencia de que:

- La constitución de fondos fiduciarios para el tratamiento y remediación de los pasivos ambientales sea de administración público – privada, como forma de mitigar la falta de confianza en la administración gubernamental para administrar y ejecutar recursos.
- Que dichos fondos fiduciarios sean dependientes del Ministerio o Secretaria de Ambiente u organismo afín encargado de la gestión ambiental de cada provincia. De tal forma, no se trataría de un Fondo nacional integrado por las provincias, Nación y CABA sino de diversos fondos en cada nivel jurisdiccional.

Recordemos que el artículo 34 LGA establece que la autoridad local es la encargada de integrarlo, regularlo y administrarlo. Se ve allí un resabio del clásico adagio ambiental “*piense global, actúe local*” y perfectamente de acuerdo con el reparto jurisdiccional propio de los presupuestos mínimos que desarrolláramos ut supra.

Como contrapartida, reconocemos que la conformación y administración de los Fondos a nivel provincial puede acarrear dificultades de toda índole, sumada a la dificultad de competencia de cada uno de los Fondos cuando se trata de daños ambientales que afectan recursos interjurisdiccionales.

- Que los órganos directivos o comités ejecutivos sean mixtos, incluyendo al sector privado, a organizaciones de la sociedad civil, la cooperación internacional y al sector público.

Es el caso, por ejemplo, de Brasil. Allí, la autoridad ambiental local incorporó a la administración y operación del Fondo de Compensación Ambiental al sector privado a través del Fondo Brasileiro para la Biodiversidad (FUNBIO), una asociación sin fines de lucro con trayectoria en la captación y gestión de recursos económicos para la conservación y el uso sustentable de la naturaleza.

Es destacable también el caso del Fondo de Inversión Ambiental Sostenible de Ecuador respecto de la composición y funcionamiento de su Directorio (órgano decisorio). El mismo está conformado por 6 miembros: 3 pertenecientes al sector público (el titular de la Autoridad Ambiental, el titular de la Autoridad Nacional a cargo de la política exterior y el titular de la Autoridad Nacional a cargo de la planificación) y 3 pertenecientes al sector privado (representante de las Universidades y Escuelas Politécnicas, representante de las Organizaciones Ambientales legalmente constituidas y registradas y representante de la ciudadanía designado por unanimidad del Directorio de entre personas con reconocida trayectoria en el campo de la investigación o gestión económico ambiental).

Asimismo, las distintas normas del derecho comparado así como las experiencias normativas que analizáramos en el presente trabajo, en su gran mayoría, establecen como recursos que integran los Fondos, palabras más, palabras menos, los siguientes:

- Partidas presupuestarias;
- Derivadas de cargas impositivas nacionales y/o provinciales;
- Donaciones, herencias o legados recibidos;
- Recaudaciones en concepto de indemnizaciones sustitutivas (art. 28 LGA);

En tal sentido, nos gustaría traer a colación la experiencia del Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD) y replicarla en la presente materia. Recordemos que el ENARD, en virtud de la Ley 26.573, en su art. 39, se financiaba con el producto de un cargo del 1% aplicado sobre el precio del abono que las empresas de telefonía celular facturaban a sus clientes, neto de IVA.

Creo en la importancia de replicar dicha forma de financiamiento y adiccionarla a las “tradicionales” ut supra referidas. Amén de la importancia de éste mecanismo como fuente de financiación, es dable resaltar la visibilidad que daría a la cuestión ambiental. De hecho, en nuestro país, al 2018, existían casi 40 millones de usuarios según el estudio realizado por la Mobile Marketing Association¹⁰³. Esto implica que 9 de cada 10 argentinos son dueños de un smarthphone. Es decir, que 9 de cada 10 argentinos vería afectados sus ingresos. Y como decía Juan Domingo Perón, “*la víscera más sensible del hombre es el bolsillo*”¹⁰⁴.

VII. e.- Autoridad de aplicación:

Este punto no reviste mayor complejidad. El actual Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación u organismo que lo reemplace ocupará tal rol.

La identificación y relevamiento de pasivos ambientales deberá estar a cargo indefectiblemente de las carteras de medio ambiente de cada provincia. Ante la misma, los titulares de las actividades contaminadoras del sitio deberán presentar el plan de remediación, el cual requerirá la pertinente aprobación administrativa.

VIII.- Conclusión:

Nuestra Carta Magna, a partir de su última reforma en el año 1994, consagró una base más sólida y duradera para los derechos humanos de tercera generación. Ha sido sin dudas un paso esencial, pero insuficiente. Es necesario seguir trabajando sobre propuestas normativas y la educación ambiental para consolidar valores relativos a la equidad, solidaridad, cooperación, entre otros.

Desde 1994 (en rigor, desde 2002) a la fecha se han dictado 12 normas de presupuestos mínimos, abarcativas de un abanico de problemáticas ambientales. Sin embargo, la gestión de los pasivos ambientales no figura en ese selecto listado.

¹⁰³ BAE NEGOCIOS (29/01/2018). *Argentina es el país de la región que tiene más smartphones por habitante*. De <https://www.baenegocios.com/negocios/Argentina-es-el-pais-de-la-region-que-tiene-mas-smartphones-por-habitante-20180129-0022.html>

¹⁰⁴ DEMARCHI, R. (14/07/2014). *Esa sensible víscera*. La Voz. De <https://www.lavoz.com.ar/supletemas/esa-sensible-viscera/>

Consideramos necesaria una norma de presupuestos mínimos que constituya un umbral básico y establezca claramente cómo gestionar aquellos daños ambientales no recompuestos.

Para llegar a dicho colofón, fue necesario previamente analizar la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, conceptualizar los presupuestos mínimos y comprender el origen de su incorporación constitucional, definir los pasivos ambientales y sus caracteres, analizar las normas hoy en día aplicables en la materia, recabar experiencias locales e internacionales sobre la gestión de los pasivos ambientales y su normativización. Ello, para finalmente formular propuestas y no limitarnos a diagnósticos. Pasar de los dichos a la acción.

Así, el presente trabajo, reiteramos, pretende ser un intento más de recabar experiencias y aportar ideas en aras de alcanzar una norma de Presupuestos Mínimos relativa a la gestión de los pasivos ambientales y así llenar un vacío legislativo. Una norma que, como tal, garantice acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de mitigación de ésta problemática. Esto, en el entendimiento de que las leyes constituyen herramientas, medios, pero no significan per se una solución acabada a una problemática como la que nos aqueja en el presente trabajo.

Crear que el dictado de una norma de presupuestos mínimos como la aquí desarrollada y propuesta significaría la solución acabada y definitiva de los pasivos ambientales es sin dudas un error de una ingenuidad desmesurada. Sin embargo, creemos que constituye un instrumento básico e indispensable para generar valores y comportamientos, establecer límites y responsabilidades en la ciudadanía, acordes con un ambiente sustentable, atravesado entre otros por el principio de equidad intergeneracional.

Hemos dejado en evidencia los vacíos legales y regulatorios en la normativa vigente en la materia, así como hemos propuesto alternativas e ideas para el abordaje de ésta problemática y la mitigación de sus efectos.

Norberto Bobbio y Niccola Matteucci (1985) aluden a la “paradoja” de la creación de leyes ambientales, pues a mayor cantidad de ellas menor es su cumplimiento¹⁰⁵.

El filósofo alemán Paul Wolf (1990), en “¿La irresponsabilidad organizada?”, concluye que el Derecho Ambiental (en rigor, él lo llama Ecológico) es un arma sin municiones que lejos de poseer un carácter instrumental, sólo tiene un carácter simbólico, y que los símbolos jurídicos poseen una función de manipulación: “crean deslumbramiento, tranquilidad ficticia e ilusiones”¹⁰⁶.

Es necesario romper con esa lógica, con esa inercia. Poner fin a las victorias pírricas. Los pasivos ambientales son una de las grandes amenazas que enfrenta no sólo nuestro país sino la comunidad internacional en su conjunto. Es una problemática compleja, motivo por el cual el esfuerzo para enfrentar las consecuencias actuales y futuras de la misma debe ser diseñado e implementado conjuntamente por los distintos interlocutores de la sociedad civil, política y económica.

Dice Alonso (2022) que “nuestro país tiene una larga tradición en incumplimientos normativos, sancionamos normas que no cumplimos y añoramos las que no tenemos”, sin embargo la insistencia de éste trabajo por el dictado de una Ley de Presupuestos Mínimos radica en la necesidad de regular “las conductas del hombre con su entorno, es un factor determinante para establecer incentivos y desincentivar conductas perjudiciales para el ambiente”¹⁰⁷.

Desde ya que en una problemática como la analizada y en una norma como la propuesta toma total trascendencia el federalismo de concertación. Es clave la coordinación interjurisdiccional. Si no hay articulación de políticas entre las diferentes jurisdicciones y el Estado Nacional, entonces la suerte estará echada.

¹⁰⁵ BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. (1985). *Diccionario de Política*. México. Editorial Siglo XXI. P. 1279, como se citó en BADINO, J. (2007). *Medio ambiente. Mínimos presupuestos, ¿máxima confusión?*. Buenos Aires. Jurisprudencia Argentina. Tomo 2007. P. 979.

¹⁰⁶ WOLF, P. (1990). *¿La irresponsabilidad organizada?*, como se cita en BADINO, J. (2007). *Medio ambiente. Mínimos presupuestos, ¿máxima confusión?*. Buenos Aires. Jurisprudencia Argentina. Tomo 2007. P. 979.

¹⁰⁷ ALONSO, S. (2022). *El estado de la normativa ambiental en Argentina. Perspectivas regulatorias y deudas notorias*. Revista El Derecho. Nro. 2.

Destaca Lorenzetti (2008) la paradoja de nuestro tiempo, un tiempo en el cual hasta hace algunos años confiábamos en los grandes relatos del desarrollo progresivo, que utilizaban palabras resonantes para describir una utopía a la que llegarían las generaciones futuras. Hoy, por el contrario, no se dice nada bueno sobre lo que tenemos por delante ni lo que le dejamos a las generaciones futuras¹⁰⁸.

Por eso, el tema merece un conjunto, apurado e impostergable paso hacia el logro de los objetivos aquí propuestos.

Es mucho el camino que resta por recorrer y poco el tiempo para hacerlo. Las decisiones que se tomen en los próximos cortos años van a marcar irremediamente los futuros posibles de esta generación y las siguientes.

¹⁰⁸ LORENZETTI, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México. Editorial Porrúa. P. 1