



Tesina de Especialización:

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y AMBIENTE:
NACIÓN, PROVINCIA Y MUNICIPIO
ANTE UN PASIVO AMBIENTAL**

Autor:

Abog. LILIANA EDITH ALVARADO

Carrera:

POSGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Título:

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Facultad:

**DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE**

NEUQUÉN, julio 2.007.-

Contenido

RESUMEN	3
PROLOGO	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	6
2.1.1. Código Civil	6
2.1.2. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.	12
2.1.3. Constitución Nacional	13
2.1.4. Pensar global y actuar local	32
3. FEDERALISMO AMBIENTAL.....	34
3.1. REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA.	34
3.1.1. Bloque de Legalidad Ambiental	34
3.1.2. Problemas dentro del bloque:	35
3.2. LA APLICACIÓN Y LA EJECUCIÓN NORMATIVA:	36
3.3. COMPETENCIA JUDICIAL:.....	39
3.4. COMPETENCIA MUNICIPAL	39
4. RESIDUOS PELIGROSOS	40
4.1. ANTECEDENTES	40
4.2. LAS EXCEPCIONES - APLICACIÓN FEDERAL.....	44
4.3. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD.	46
4.4. INOPONIBILIDAD DE LA TRANSFERENCIA O ABANDONO DE LOS RESIDUOS.....	47
5. LEY NACIONAL DEL AMBIENTE.....	48
5.1. ASPECTOS RELEVANTES	48
5.1.1. Grandes lineamientos de la ley.....	48
5.1.2. El Estudio de Impacto Ambiental.....	49
5.1.3. Educación, Acceso a Información y Participación Ciudadana.....	49
5.1.4. Daño Ambiental Colectivo	50
6. NORMATIVA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO	50
7. NORMATIVA MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE CINCO SALTOS	52
7.1. CARTA ORGANICA MUNICIPAL	52
7.2. OTRAS NORMAS MUNICIPALES	53
7.3. CASO TESTIGO: EL CASO DE LA PLANTA FABRIL IMEXTRADE S.A. –EX INDUPA DE LA CIUDAD DE CINCO SALTOS	53

7.3.1. Algunas Consideraciones Acerca de la Empresa	53
7.3.1. El Municipio y su actuación en el caso Indupa	58
8. PASIVO AMBIENTAL	61
9. CONCLUSIONES	65

RESUMEN

La materia ambiental ha visto plasmado su importancia en el Derecho Argentino, a partir de la reforma del año 1994, en el caso de nuestra Provincia de Río Negro, fue anterior en el año 1988.

Este trabajo aborda dicha temática teniendo en cuenta ese universo jurídico Nacional, Provincial y nuestra Carta Orgánica que afirma el interés de dicha materia en el Derecho Municipal de Cinco Saltos.

Para ello se ha tomado no sólo nuestra Constitución Nacional, sino del derecho a través de las normas existentes, previas al dictado de la misma, referidas a los principios de Prevención, Precautorio, y de Recomposición.

En lo referente a la normativa provincial y su protección ambiental que tiene incorporación en la Constitución, que ha sido pionera en tal aspecto.

En el Derecho Municipal, se ha legislado ampliamente en dicho tema, y en el presente trabajo, se ha tomado un caso de Pasivo Ambiental de IMEXTRADE de la ex INDUPA, que ha tenido un trabajo desde el año 2004, referido al impacto que la actividad de dicha Ex Empresa, ha producido en nuestra Ciudad, que involucró al Gobierno Municipal, a Vecinos Autoconvocados, al Gobierno Provincial y al Gobierno Nacional, realizándose una Auditoría Ambiental, y de recomposición de ese pasivo ambiental. Trabajo que lleva muchos años de realización.

Es importante ante el presente y el futuro el compendio del Derecho Ambiental necesario, más allá del compromiso de rango constitucional Nacional, Provincial y Municipal, que permita no sólo las situaciones presentes, sino las que deben tenerse en cuenta como la explotación de Hidrocarburos, de gran significancia a partir de Vaca Muerta, su forma de explotación, sino también la minería.

A través de este trabajo, podría concluirse que el derecho a un medio ambiente sano o adecuado, no es un derecho autónomo, sino que debe ser transversal a todo el derecho; partiendo de los rangos constitucionales existentes y el régimen sancionatorio del daño ambiental y la necesidad de partir de los principios preventivo, precautorio y resarcitorio, que deben responder por su violación a través de la aplicación del principio sancionatorio que el daño a las personas y bienes y daría lugar a reclamar la indemnización correspondiente.

Palabras Claves: Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Constitución Nacional, Daño ambiental, Pasivos ambientales, pasivos contingentes, seguros ambientales, recomposición ambiental, remediación ambiental.

PROLOGO

Durante la década de los noventa, la legislación argentina incorporó la protección ambiental a su sistema normativo en el marco de un profundo proceso de desregulación económica.

La tutela del ambiente adquirió jerarquía constitucional, a la vez que se afirmó el principio de la responsabilidad civil por el daño ambiental mediante diversas iniciativas legislativas y un creciente cuerpo de decisiones judiciales.

Las transformaciones producidas en la economía han producido profundos cambios en el perfil de la actividad industrial, poniendo de manifiesto la necesidad de desarrollar nuevos instrumentos jurídicos e instituciones con el fin de sanear los innumerables pasivos ambientales generados durante décadas durante las cuales existió escasa preocupación por la preservación del entorno.

Por otra parte, el nuevo contexto regulatorio exige el desarrollo de nuevos instrumentos de gestión para, por un lado, prevenir y por otro manejar con criterio racional, las consecuencias deletéreas para el ambiente de la actividad productiva, toda vez que una cuantificación precisa de los daños potenciales y la fijación de parámetros claros de calidad son requisitos indispensables para una política previsible de gestión de riesgos.

Este trabajo analiza el desarrollo de las exigencias regulatorias relacionadas con la remediación de pasivos ambientales, las respuestas desde el sector privado en materia de análisis de riesgo ambiental y la necesidad de contar con marcos jurídicos que brinden certeza respecto de los riesgos y los costos potenciales de la remediación ambiental.

Asimismo, se evalúan las debilidades instituciones producidas por la ausencia de un régimen asegurador que garantice seguridad y reglas claras para el sector privado, al igual que la necesidad de establecer regímenes especiales de garantía para ciertas actividades intrínsecamente riesgosas.

En líneas generales, la necesidad de contar con reglas claras para la recomposición ambiental, ya sea mediante la institución de fondos de garantía, mecanismos aseguradores ligados a topes indemnizatorios predeterminados, junto con reglas jurisprudenciales consistentes y claras, es común a muchos países de la región.

1. INTRODUCCIÓN.

El Artículo 41° de la Constitución Nacional Argentina luego de la reforma de 1994, incorporó la figura de la recomposición ambiental, con la consiguiente regla de quién produzca un daño en el ambiente debe restituir el recurso afectado a su estado anterior, o alternativamente, indemnizar por vía de sucedáneo a quienes sean perjudicados por el menoscabo ecológico.

Esta figura jurídica del daño ambiental que irrumpe en la escena institucional durante la década del noventa ha tenido importantes consecuencias para la economía argentina. El riesgo de afrontar responsabilidades civiles de cuantificación incierta a causa de los potenciales deterioros ambientales, trae aparejada la incertidumbre en cuanto al análisis de riesgos, los costos económicos involucrados y su incidencia sobre la actividad productiva.

Esta incertidumbre regulatoria agrava aún más la situación de una economía en una profunda crisis estructural. A nuestro juicio, la institución novedosa del daño ambiental, requiere ser acompañada por otros instrumentos tales como seguros ambientales, y los fondos de remediación, con el fin de brindarle al estado y a la comunidad empresaria unas herramientas eficaces para la evaluación de los riesgos ambientales. Estas herramientas también permitirán una remediación eficiente y efectiva de los pasivos ambientales, con costos medibles y parámetros regulatorios objetivos.

Argentina, al igual que muchos países de la región, fue testigo de un proceso de desarrollo industrial durante el siglo XX. Esta transformación económica fue en gran medida consecuencia de las políticas de sustitución de importaciones encaradas por sucesivas administraciones con el fin de alcanzar el desarrollo económico en base a la industrialización, en muchos casos impulsada desde el Estado, y de la mano de políticas proteccionistas hacia la industria local.

Podemos ir apreciando como la jurisprudencia ha ido abriendo el camino hacia un cuerpo de pronunciamientos en materia de daño ambiental. Los Tribunales han reconocido además de la obligación de remediación, la de indemnización por violación al derecho de gozar de un ambiente sano. Aun cuando falte, a nuestro juicio una mayor sofisticación conceptual que permita distinguir el daño ambiental per se y el daño a las personas a través del ambiente las sentencias judiciales ya han comenzado a “cuantificar” el daño ambiental¹.

El futuro próximo hace suponer que el proceso de elaboración de criterios respecto de la configuración y cuantificación del daño ambiental continuará respecto de los típicos casos de contaminación a que nos hemos referido.

¹ Como ejemplo de esto, vales los considerandos del fallo Almada c/Copetro: “Toda actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Empero, si ya hubiera comenzado a generar daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente, debe resarcir”.

2. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Quiso el constituyente argentino de 1994, al modificar la Constitución Nacional en el año 1853, que el interés humano dirigido al medio ambiente guarde una característica, la de bien jurídicamente protegido, que siguiendo a Zannoni es lo mismo que decir derecho subjetivo, pero en un grado superlativo, al encontrarse ahora normado en nuestra Ley fundamental²

2.1. EL BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO

En sentido amplio es cualquier objeto de satisfacción, y el interés jurídico es un poder de actuar –reconocido por la ley- hacia el objeto de satisfacción (interés legítimo) que forma el sustrato del derecho subjetivo³

Ahora bien, al hablar de los intereses ambientales cabe consignar que los mismos son de naturaleza difusa, es decir pertenecen en forma idéntica a una pluralidad de sujetos ligados en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de la misma prerrogativa.⁴

El daño ambiental, especie del “daño injusto”, consistirá en una agresión directa al ambiente provocando una lesión indirecta a las personas o cosas por una alteración del ambiente, o en lo que denominamos impacto ambiental, que consiste en la afectación mediata de la calidad de vida de quienes habitamos el planeta.

El rol del estado en la tutela ecológica resulta innato. No obstante ello, la acción de los particulares –a través de modernas herramientas jurídicas- se transformó hace años en un impensado mecanismo de control social sobre la actividad del agente contaminante por excelencia, la empresa.

Entre dichos medios, nos centramos en el sistema de responsabilidad civil por contaminación, que ha de convertirse de hecho, en un surgente instrumento de presión preventiva, contra actividades nocivas a la población.

2.1.1. Código Civil

La tutela preventiva es la *acción negatoria*, que regulan los Arts. 2800 al 2806 del Código Civil. Esta acción que es una “vertiente real” está asociada, en forma imprescindible, a la calidad de poseedor de una cosa inmueble y a la configuración de perturbaciones ambientales que impidan o limiten al hecho de la posesión inmobiliaria y restrinjan consecuentemente, el ejercicio de los derechos reales sobre los fundos.

² ZANNONI, Eduardo A. “El daño de la responsabilidad Civil” Astrea.- 1982 Buenos Aires.

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción”.
Jurisprudencia Argentina –9/10/996, página 25/26. Buenos Aires.

⁴ Flah y Smayevsky, “La regulación procesal en el derecho ambiental americano-La Ley, 1993-E-935 Bs.As.

Cuando el daño ya se ha producido la vía natural para acudir a la Justicia y obtener la legítima reparación, es la acción indemnizatoria que nace de la responsabilidad civil extracontractual. Junto a esta obligación de indemnizar, invocable cuando el daño ya se ha producido, es necesario también encontrar un medio civil de protección preventiva, es decir no destinado a reparar el daño causado, sino a evitar que se cause, paralizando las actividades que producen perturbaciones ilegítimas potencialmente dañinas para el medio ambiente. Este es el campo de actuación de la acción negatoria.

La acción negatoria es uno de los principales medios de protección civil del medio ambiente. Ejercitando esta acción puede solicitarse en primer lugar la *cesación*, es decir que se hagan cesar o paralicen las actividades que ocasionan perturbaciones ilegítimas al derecho del actor, que no consisten en la privación indebida de la posesión (pues en este caso lo procedente sería el ejercicio de las acciones posesorias, o, en su caso la acción real reivindicatoria), y en el segundo término, la *abstención*, es decir que el demandado se abstenga de realizar en el futuro otras actividades del mismo género igualmente perturbadoras.

Debe diferenciarse entre el acto que causa ilícitamente un daño y el comportamiento que, continuada e intermitentemente, está perturbando a un propietario en el ejercicio de su derecho.

Así se comprenden en el ámbito de la acción negatoria, las perturbaciones jurídicas provocadas por quien alega ser propietario o titular de un derecho real, pero, además están las materiales causadas por la intromisión de objetos o inmisiones sustanciales, inusuales o muy gravosas, tales como vibraciones, ruidos e inmisiones contaminantes.

En nuestro Derecho, la Doctrina ha sido siempre restrictiva en la interpretación del alcance que corresponde atribuir a la acción negatoria, reconociendo su ejercicio a los poseedores de inmuebles impedidos de ejercer libremente sus derechos (art. 2801 C.C.), solo contra un tercero que pretenda el ejercicio de un derecho real, como puede ser una servidumbre indebida.

Hoy el fenómeno de la contaminación ambiental o sea la polución del aire, el agua y el suelo y que se proyecta más allá de lo que es una relación de vecindad jurídica, es un aspecto moderno del desarrollo, que si bien, el legislador no lo había contemplado en los cuerpos legales, ajeno entonces, a esa problemática social, la doctrina y la jurisprudencia con el activismo protagónico que parece ser un imperativo de la hora, no deben soslayar las soluciones que en el marco de la ley permitan una interpretación plástica y funcional de la normativa, que al fin de cuenta existe para dar soluciones de justicia y equidad a los conflictos que surgen de la convivencia social.

Lo que se persigue con la acción negatoria es una vía jurisdiccional de prevención para hacer cesar los efectos de la contaminación del ambiente, que no es un perjuicio puntual, sino un proceso continuado de perturbación, del derecho de propiedad, que ocasiona no solamente la

pérdida del valor económico del inmueble afectado, sino un grave ataque al derecho a la calidad de vida de sus moradores.

El artículo 2806, del Código Civil, dispone que “probándose que el acto del demandado importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposición de su derecho, la acción si hubo daño, será juzgada como meramente personal”. Es decir que, si una turbación del derecho del poseedor de un inmueble proviene de hechos materiales de un tercero, será juzgado como meramente personal, “si hubo daño causado”. Es obvio que, si el hecho “no jurídico” causa un daño al poseedor, éste tiene la vía de la acción personal por resarcimiento del daño, fundándose en el artículo 1109 o en el artículo 1113 del Código Civil.

Pero si la perturbación que el hecho material causa al poseedor no se ha manifestado como daño causado al interés legítimo de éste, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, la acción negatoria no es rechazada por el artículo 2806 del Código Civil, y puede el poseedor ejercerla preventivamente en relación al daño que eventualmente pudiere sobrevenir, persiguiendo con ella hacer reestablecer el libre ejercicio del derecho trabado, mediante la cesación de la actividad contaminante que proyectaba efectos sobre su inmueble, así como en su caso, la sentencia que admite la acción negatoria puede condenar al demandado a no enviar las aguas indebidamente derivara al fundo del actor.

El artículo 2499, del Código Civil, incorpora la llamada “*denuncia del daño temido*”, que faculta a denunciar el Juez a aquella persona que tema que un edificio u otra cosa derive un daño a sus bienes, a efectos que aquel adopte las oportunas medidas cautelares. Previo a ello deberá verificarse la verosimilitud del derecho que se invoca, el real peligro en la demora y una contracautela suficiente. -

Esta figura, es de típica aplicación en la esfera ambiental, tal el criterio que sostienen, Agoglia, Boragina y Meza como el antes citado Andorno.

El artículo 2500 establece a su vez: “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”.

Esta acción llamada en el antiguo derecho español de “daño temido”, se halla regulada en el Código Procesal de la Nación (Art. 623 bis) como “denuncia del daño temido” y puede ser ejercida no solamente en caso de que un edificio amenace ruina, sino también si el peligro nace de cualquier otro evento.

Por lo tanto en presencia de la instalación de una industria que procese elementos, cuyos desechos, efluente o efluvios, puedan ser contaminantes del ambiente, ante el solo peligro de que ello se produzca, cualquier vecino o no que se halle expuesto a sufrir el perjuicio, puede ejercer la acción denunciando los hechos al juez, a fin de que éste adopte las oportunas medidas cautelares, ya sea disponiendo la suspensión de las obras o de la actividad que se propone realizar, hasta comprobar pericialmente que se ha instalado un eficiente sistema de antipolución que garantice en los hechos la incontaminación del ambiente.

El juicio puede tramitar como proceso sumarísimo, conforme lo dispone el artículo 623 bis del Código. Las resoluciones que se dicten serán inapelables, y en su caso podrán imponerse sanciones conminatorias.

Por último, el Art. 1071 del Código Civil de fondo legisla el “*abuso del derecho*”, que prohíbe el ejercicio irregular de un derecho propio, y si ese abuso desatiende el derecho ambiental –que pertenece a la comunidad-, está previniendo el daño medioambiental.

También por trámite de juicio sumarísimo puede usarse la “*vía interdictal*”, conforme lo dispone el artículo 619 del Código Procesal de la Nación, que declara procedente el interdicto de obra nueva, cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, facultándose al poseedor o tenedor de éste a promoverlo. Se declara inadmisibles el interdicto si la obra estuviere concluida o próxima a terminar.

La sentencia que admitiere el interdicto dispondrá la suspensión definitiva de la obra, o en su caso, la destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior a costa del vencido.

El hecho de que la entidad perturbadora haya obtenido licencia municipal para la construcción de los edificios no enerva la acción interdictal, pues tal licencia al infringir manifiestamente las normas urbanísticas de la zona, no puede amparar la lesión de ningún derecho o interés legítimo.

2.1.1.1. En la legislación y Jurisprudencia Argentina.

La responsabilidad civil por el daño ambiental en Argentina es un fenómeno relativamente reciente. Como hemos señalado, su incorporación en el derecho positivo, se produce a partir de la reforma constitucional de 1994, con la inclusión del derecho a gozar de un ambiente sano conforme el texto del nuevo artículo 41. Dos son las instituciones jurídicas del derecho civil que más han sido utilizadas en el pasado para fundamentar posibles reclamos por pasivos ambientales: la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos.

También, aunque en menor grado, se ha recurrido a la institución de los vicios ocultos para resguardar los intereses del comprador en las transacciones inmobiliarias o compras de activos tangibles.

A continuación, analizaremos la evolución de la jurisprudencia a través de estas instituciones.

2.1.1.2. La responsabilidad objetiva derivada del riesgo de la cosa

El Código Civil establece la regla general de la responsabilidad objetiva por los daños que se produzcan como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa de que se sirva su dueño o guardián⁵.

⁵ Ver Art.1113 C.C.

La mencionada normativa establece un marco jurídico general en materia de responsabilidad civil, que tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia resulta perfectamente aplicables a los casos de contaminación y daño ambiental.

El factor de atribución de responsabilidad en este caso es de naturaleza objetiva y yace en el riesgo creado por la cosa que produce el daño. La principal consecuencia de la responsabilidad objetiva, es la presunción de la responsabilidad con prescindencia del elemento subjetivo de culpabilidad. La responsabilidad civil se “dispara” con la mera demostración del daño y el nexo de causalidad entre la cosa o actividad riesgosa y el daño.

En forma coincidente, en la causa “Duarte Dante y otros c/ Fábrica de Opalinas Hurlingham”. Verdadero “leading case” en la materia, el Tribunal aplicó las reglas de responsabilidad objetiva, tomando como factor de atribución a la sustancia contaminante, y considerándola como “cosa” y a la industria que las generaba como actividad riesgosa”.

El maestro Bustamante Alsina, refiriéndose a esta sentencia, sostuvo que “El fallo coloca al caso desde el principio frente a la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa de acuerdo con lo que prescribe el art. 1113 del Código Civil,...Este , es sin duda el encuadramiento que corresponde darle a la cuestión de la responsabilidad civil, por los daños que pueden causar a las personas los residuos peligrosos, al igual que los demás desechos y efluentes industriales, como contaminantes del ambiente”⁶.

En otra decisión judicial que ha marcado el rumbo para el derecho ambiental argentino⁷, el Tribunal sostuvo que “Verificado el daño ambiental por contaminación, no puede discutirse que existe un daño a la salud indemnizable en los vecinos cercanos a la planta industrial de la empresa contaminante...”Asimismo en cuanto a la cuantificación de la indemnización pertinente, el Tribunal estableció que “...son resarcibles los daños por disminución del valor de las propiedades, imposibilidad de venta de los inmuebles y daño al uso normal de las viviendas, derivados de la existencia próxima a los mismos de una fábrica de ácido sulfúrico que genera efluentes de alto poder corrosivo”. El fundamento de este pronunciamiento radicó en los artículos 1113 y 2618 del Código Civil.

El criterio adoptado en ambos pronunciamientos señalados refleja sin embargo la idiosincrasia judicial imperante antes de la reforma constitucional. En rigor de verdad, los jueces han trasladado las reglas de la responsabilidad civil objetiva a situaciones o circunstancias donde existe un menoscabo a la salud o a la propiedad de los damnificados, a causa de un factor o agente ambiental. En estos casos, sin embargo, se soslayó la cuestión que atañe a las remediación o recomposición del ambiente, como objetivo central de la pretensión procesal.

⁶ CN.Civ.Sala I, La Ley 1995-C, pág.360.Ver también misma publicación, Bustamante Alsina, Jorge “Responsabilidad del Daño ambiental.

⁷ “Maceroni c/ Dirección General de Fabricantes Militares” (Cámara Federal La Plata, Sala 1, Jurisprudencia Argentina, N° 6101 05/08/1998),

Otro pronunciamiento judicial más reciente, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, si tuvo ocasión de fallar respecto del daño al ambiente, entendido como bien colectivo. “Subterráneos Buenos Aires S.E. c/ Propietario de la Estación de Servicios Shell” coincide en la plena aplicación del Artículo 1113, del Código Civil, para los casos de daños al ambiente⁸.

La Justicia Argentina-Cámara Federal de San Martín- en su fallo del año 1995, en el expediente “Pregnotato” –causa que investigó la posible contaminación culposa de Ipa Latina S.A., que involucró a Sevel, Autolatina, Alba, Colorín, Armetal, Siderca, Envasa Plas, Comesi Glasurit, -estableció que...”la ley 24.051, (que es la Ley Nacional de Residuos Peligrosos) claramente precisa la distribución de funciones en cuanto coloca en manos del Poder Administrador (La Nación, Las Provincias o las Municipalidades, según el caso) el control preventivo de la actividad industrial (arts. 1 al 54 y arts. 59 al 63) y le reserva a la justicia federal, la represión de la concreta contaminación ambiental una vez que ella ya se ha producido (arts. 55 al 58)...”

Esto es que la actividad previa de control ambiental corresponde a la administración pública, mientras que la justicia actúa solamente en caso de que el caso concreto de contaminación se haya producido. Las industrias deben esforzarse y preocuparse en cumplir con las normas legales y las reglamentaciones administrativas ambientales, porque caso contrario, la falta de cumplimiento de ellas repercutirá como un “boomerang” contra ellas cuando deban actuar ante un Tribunal como demandadas en un caso ambiental.

Judicialmente será una presunción a favor de la industria: el cumplimiento de las normas administrativas legales, caso contrario, será una presunción en su contra. Y esta conducta, será convenientemente merituada a la hora de tomar las decisiones.

En otro orden de ideas la Corte Suprema de Justicia en la causa “Sylvapen” decidió que el fuero competente es el federal, en virtud precisamente de lo expresamente manifestado en el art. 58 de la ley. A partir de dicho pronunciamiento, ya no hay más discusiones.

2.1.1.3. La responsabilidad derivada del exceso de la normal tolerancia entre vecinos.

El artículo 2618 del Código Civil incorpora este factor de atribución de responsabilidad civil, dentro de las normas que establecen restricciones y límites al dominio impuestas en el interés de los vecinos.

La norma citada establece en forma clara los supuestos fácticos para su procedencia, como “gatillo”, de la responsabilidad civil:

- Molestia que exceda la normal tolerancia: la vida social obliga a cada cual a soportar cierto margen de perjuicio, por eso la norma establece un exceso en la normal

⁸ (C.Nac.Civil,Sala H 01/10/1999)Jurisprudencia Argentina, 29/12/99,Nº 6174, pág.65.Ver también nota de Cafferatta, Néstor en la misma publicación.

tolerancia, este recaudo consagra una transacción entre el derecho a la tranquilidad, la paz, sosiego y confort y el derecho a la libre actividad.

- Persistencia de la incomodidad, no siendo actos aislados.
- Existencia de una relación de vecindad. La jurisprudencia en los últimos años ha trazado claros alcances respecto del vínculo entre el artículo 2618 citado y la protección del medio ambiente. En este sentido, cualquier autorización administrativa está sujeta a la presunción de inocuidad hacia terceros de la actividad regulada, conforme al principio “sic utere tuo alter non laedas”⁹.

2.1.1.4. Los vicios ocultos

El Código Civil contempla en el Título XIV la figura de los vicios redhibitorios. Estos son los defectos ocultos de una cosa que la tornen impropia para su destino natural, o que disminuyan el valor de modo tal que su adquirente, no la hubiera adquirido o habría dado menos por ella.

En efecto el Artículo 2614 del Código Civil, establece: “Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición que la haga impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que, a haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.” La jurisprudencia ha interpretado que existe vicio oculto en muchos supuestos de transacciones inmobiliarias (instalaciones clandestinas de obras sanitarias, carencia de cámara séptica, defectos en los cimientos, deficiencias en los sistemas de calefacción). En líneas generales queda al arbitrio judicial la apreciación respecto de la gravedad del vicio¹⁰.

2.1.2. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Podemos afirmar que el Medio Ambiente se encuentra tutelado – a nivel nacional- por medio del Art. 623 bis del cuerpo legal aludido, ya que el mismo faculta al Juez a decretar sanciones con el fin de disuadir al eventual dañador de continuar lesionando los bienes jurídicamente protegidos. Justamente en función del eventual dañador de continuar lesionando los bienes jurídicamente protegidos. Justamente en función del tipo de derechos e intereses que –por hipótesis- se comprometen, esta acción tramita por vía sumarísima.

⁹ Los tribunales han entendido que “De todos modos resulta imposible aceptar que como consecuencia de una actividad, o de una omisión de las autoridades a cargo del ejercicio de poder de policía puede tolerarse la violación del deber de no dañar, por parte del contaminante. (C.N.Civ., Sala 1, Junio 30 de 1994 D.D. y Otros c/Fábrica de Opalinas Hurlingham S.A. (La Ley 1995-C. Pág. 378)

¹⁰ (Verr Salas-Trigo Represas, Código Civil Anotado, T.2, p. 253-59.

Otro remedio que nos concede el Código de rito, es el “interdicto de obra nueva” contemplado en los Arts. 619 y 620. Por el mismo, se podrá afectar al poseedor o el tenedor –en caso de locación.- de un inmueble, cuando se hubiere comenzado una obra y dicha afectación puede provenir de las emisiones ambientales que dispone el Art. 2618 del Código Civil.

2.1.3. Constitución Nacional

En materia de intereses difusos –propios de la materia ambiental, - el Art. 43, 2do. párrafo de la Constitución otorga legitimación activa al “...afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones”,

En lo que hace a la lesión de los derechos subjetivos relativos al ambiente, el 1er.párrafo del artículo antedicho le reconoce a “toda persona” que vea menoscabado en el ámbito individual los derechos de tal índole.

Para terminar con las divisiones existentes en la Doctrina científica respecto que se entiende por el término “afectado”, podríamos sostener que aquel que invoca una demanda abarcadora de intereses difusos, deberá acreditar un mínimo de “interés razonable y suficiente” en la defensa de dichos intereses. Todo ello, estará vinculado a la proximidad física del presunto “afectado”, con la causa generadora del daño ambiental o a sus efectos ponderables y de entidad cierta, sin guardar relación con división política alguna ¹¹ .

Participan de este criterio de legitimación amplia Sabsay, Morello, Walsh, Bidart Campos y Andorno ¹².

El Artículo 43 de la Constitución reformada habilita la acción expedita y rápida del amparo, en las condiciones que establece, siempre que no exista un medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Esta vía de acceso a la jurisdicción es excepcional y requiere un condicionamiento que no siempre puede acreditarse debidamente y con la urgencia que el caso hace necesario.

De tal forma que el derecho subjetivo a la calidad de vida como garantía constitucional puede poner en actividad la acción de amparo, pero también puede recurrirse a esta vía expedita y rápida en defensa de los derechos que protegen el ambiente que tienen incidencia meramente particular.

Tal alcance resulta de los términos expresos de la norma constitucional que habilita la acción en defensa de los derechos de incidencia colectiva, esto es de los intereses difusos,

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, 1995, Pág.85 Buenos Aires.

¹² ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad por daño al medio ambiente” Jurisprudencia Argentina, N° 6006, 9/10/996, pág.II,-Buenos Aires.-

legitimando al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones debidamente registradas que propendan a esos fines.

La acción de amparo se propone ante un hecho lesivo proveniente de la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares.

Los actos impugnados en la acción de amparo deben ser de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o palmaria, es decir que esa calificación resulta de los actos mismos y no requieren una complicada demostración que desvirtuarían el carácter expedito y rápido del remedio procesal. La idoneidad de esta acción, comparativamente con otras como la acción ordinaria es más apropiada, aún dentro de la complejidad del trámite, para allegar al proceso los elementos cabalmente demostrativos de la lesión constitucional.

La cobertura del amparo es también ahora más amplia en el sentido de que los derechos protegidos no son solamente los explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución, sino también aquellos derechos de raigambre constitucional, emergentes de un tratado o de una ley. La base constitucional que deben tener los derechos conculcados por los actos de autoridades pública o de particulares, es de suma importancia porque la vía del amparo es excepcional y no se justificaría que el titular de cualquier derecho subjetivo elija el procedimiento sumarísimo del amparo para obtener el reconocimiento de otro derecho que, aunque emerja de un tratado o una ley, no se sustente en una garantía constitucional directamente operativa.

El artículo 43 de la Constitución establece que, en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. Esta disposición acuerda mayor elasticidad y consiguientemente mayor amplitud al amparo.

Otra cuestión de gran importancia para la aplicación de la acción de amparo, es relativo a las personas que tienen legitimación activa *ad processum* para tener acceso a la jurisdicción en ejercicio de dicha acción.

Clásicamente la doctrina diferencia entre la legitimación procesal *ad processum*, que se refiere a la capacidad para estar en juicio, de la legitimación procesal *ad causam* que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se trava entre las partes.

Mientras la primera se vincula con la representatividad del interés que moviliza el proceso, a fin de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión deducida que implique en sus efectos a los contradictores necesarios, la segunda por su parte, se refiere a la especial naturaleza del interés cuya titularidad se invoca en la órbita de los derechos sustanciales.

El artículo 43 de la Constitución reformada, se refiere, en primer lugar, a la calidad sustancial de los derechos que se pretende amparar en el ejercicio de la acción (legitimación *ad causam*) y ellos son: los que se oponen a cualquier forma de discriminación, los que protegen el ambiente y la competencia, así como los derechos de incidencia colectiva en general. En este aspecto, la reforma llena un vacío cuyo mantenimiento marcaba un notable retraso jurídico

al no amparar o tutelar los “intereses difusos”, como los que ahora enuncia la norma constitucional.

El segundo párrafo del artículo 43 estatuye dos casos peculiares de legitimación activa. Ahora se regula constitucionalmente la legitimación para promover amparo en estos dos temas: a) discriminación y b) derechos que protegen el ambiente, la competencia, el usuario y consumidor, e intereses difusos (derechos de incidencia colectiva en general).

Para estas situaciones que acabamos de mencionar la Constitución reformada da legitimación procesal activa, como expresa el segundo párrafo del artículo 43, a los tres sujetos que menciona: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

El artículo 43 de la Constitución comienza en su texto expresando: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”

Lo sustancial de la norma constitucional en la primera parte es la caracterización del amparo como un medio expedito y rápido de acceso a la justicia, determinando su condición subsidiaria, así como los actos contra los cuales se puede ejercer.

En lo concerniente a la legitimación procesal en general, menciona a “toda persona” cuando se trata de la defensa “de derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

Luego en la segunda parte se refiere a la legitimación procesal en un ámbito más específico: a) discriminación, b) derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, aludiendo obviamente a los intereses difusos entre los cuales se encuentran los que enuncia el artículo.

Analizaremos estas tres clases de sujetos legitimados:

En primer término, nos ocuparemos de “el afectado”, que es la figura que produce disímiles interpretaciones. La cuestión radica desde este momento en establecer cuándo existe interés razonable y suficiente en quien ejerce la pretensión accionaria del amparo. En este sentido nos parece que no bastaría que éste adujera que tiene esa clase de interés movido por un impulso íntimo. No resulta convincente mover el aparato judicial mediante un instrumento procedimental de excepción, la apreciación meramente subjetiva de quien pretende el amparo.

En consecuencia, corresponderá a los jueces en cada caso hacer una evaluación de las circunstancias que invoca el accionante, para determinar objetivamente, esto es, en abstracto, el alcance o afectación que potencialmente tendría el acto impugnado en relación a una persona de sensibilidad normal en las circunstancias y bajo las condiciones en que actúe

quien requiere el amparo. El criterio que debe decidir el juez debe hallarse imbuido de la razonabilidad y suficiencia de la invocada afectación personal que el acto de una autoridad pública o de un particular pueda tener a su respecto, habida cuenta de que el acto impugnado debe atacar los derechos que protegen el ambiente con una incidencia colectiva general.

En segundo término y respecto a las “Asociaciones registradas”. También tienen legitimación procesal “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”, de acuerdo a lo que dispone el segundo apartado del artículo 43. Es decir que estas Asociaciones en las condiciones que le ley establezca tienen legitimación procesal representativa de intereses difusos en lo concerniente a la defensa del ambiente, que constituye el tema de este tratamiento.

Respecto a “El Defensor del Pueblo”, como se ha expresado el artículo 43 lo legitima para interponer la acción de amparo. Complemento de esta disposición es al artículo 86, donde se menciona que: “su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal.”

Se trata de un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (Art. 86 C.N.).

La legitimación procesal que la nueva Constitución le otorga al Defensor del Pueblo es representativa de los derechos de incidencia colectiva, esto es de los “intereses difusos”, de tal forma que es un mandato preventivo en defensa de los derechos supraindividuales, siendo lo fundamental en el reconocimiento de su personería la importancia común de los valores que defiende.

2.1.3.1. La Reforma Constitucional del año 1994

En 1994, se incorpora el derecho al ambiente en la Carta Magna. La reforma constitucional incluye además el concepto de la recomposición del ambiente en los casos que este se encuentre afectado por las actividades productivas. En la actualidad y en función del mandato constitucional señalado existe una fecunda tarea legislativa encaminada a regular diversos aspectos del daño ambiental y los instrumentos para manejar la recomposición de los pasivos.

Quizás la iniciativa más importante en este sentido sea el Proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos del Ambiente que cuenta actualmente con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. (Ley General del Ambiente. Diputada Mabel Muller 744-D-2000).

Respecto del daño ambiental, el Proyecto de Ley General del Ambiente, establece importantes definiciones con el objetivo de precisar los alcances del texto constitucional,

identificando el daño como “...toda alteración que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”¹³.

El Proyecto también incluye dos instituciones, que, a juicio nuestro resultan claves para la vigencia efectiva de un régimen viable de recomposición ambiental desde la óptica del sector privado. El artículo 22 crea el seguro ambiental que debe ser contratado por parte de toda persona pública o privada que realice actividades riesgosas para el ambiente.

Como complemento de esta exigencia, también se contempla la integración de un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

En segundo lugar, el artículo 34 crea el Fondo de Compensación Ambiental con el fin de solventar entre otros costos, los costos de las acciones de remediación ambiental.

A nuestro juicio, la propuesta legislativa no es muy precisa cuando establece la coexistencia del fondo de restauración con el seguro ambiental. Sin duda, requerirá una tarea legislativa posterior con mayor grado de detalle que lo estipulado en la norma general. De acuerdo al texto del proyecto, la integración de fondo de restauración, es una potestad del titular de la actividad riesgosa, sin aclarar si la constitución de este fondo reemplaza o exime la contratación del seguro ambiental. Quizás la voluntad del legislador ha sido la de establecer un mecanismo suplementario al seguro, siguiendo los mecanismos adoptados por algunos regímenes internacionales. En estos casos, la constitución del fondo permitirá al responsable de la actividad contaminante o riesgosa disminuir su prima por el seguro obligatorio¹⁴.

2.1.3.2. Responsabilidad Civil por Daño al Ambiente.

El daño ambiental es una rama del derecho de daños que está en plena formación, tanto jurisprudencial, doctrinaria y legal, y dentro de este derecho encontramos también la prescripción ambiental. Es una expresión relativamente nueva dentro del derecho de daños, siendo el daño ambiental el único derecho de daños con rango constitucional. El daño ambiental está fundado en el perjuicio que acarrea para la humanidad el menoscabo al derecho de gozar de un ambiente sano.

El sistema de responsabilidad de nuestro Código Civil, no fue concebido para atender las relaciones del Hombre con el Medio Ambiente. A partir de la reforma constitucional de 1994, se incorpora en nuestra carta magna nacional, en el capítulo segundo llamado “Nuevos Derechos y Garantías”, en el Artículo 41, el siguiente párrafo: “El daño ambiental generará prioritariamente obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Mediante la incorporación del derecho de daños al Ambiente en la Constitución Nacional, se lo jerarquizó por encima de otros tipos de daños. El principio 13 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas firmada en 1992, expresa

¹³ Art.27 del Proyecto de Ley General del Ambiente.

¹⁴ Ver Valls, Mariana y Bril,Rosana, “Prevención y Compensación frente al daño ambiental: El seguro ambiental”, en “Derecho Ambiental” Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 23/12/98.

que “Los Estados deberán desarrollar la legislación Nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización, respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales”. Siguiendo el criterio sostenido por el maestro Dr. Jorge Atilio Franza, reconocido catedrático y especialista en Derecho Ambiental, expresa que “el derecho al ambiente es un derecho humano que debe ser defendido por todos.”¹⁵

El Artículo 27 de la “Ley General del Ambiente define al daño ambiental”, como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.¹⁶

Cuando hablamos de Responsabilidad por daño ambiental, no podemos dejar de considerar una realidad insoslayable, la existencia de un conflicto de intereses sociales.

Nos encontramos, por un lado, con el interés en la protección ambiental y, por el otro, el interés en el desarrollo económico, que implica muchas veces el deterioro o modificación del nuestro Medio Ambiente. Esta controversia fue zanjada acudiendo al concepto del desarrollo sustentable, definido como “aquél que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, pero sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”. El egoísmo y el individualismo generacional pueden llevarnos a intentar vivir ahora a costa de la vida del mañana. Otro conflicto radica en la llamada “externalización de costos”, es decir, trasladan los costos del tratamiento hacia la comunidad, es decir se socializan las pérdidas, las que con el tiempo, necesitará descontaminar las cosas comunes o sino soportarlas y convivir con la contaminación. En nuestro país las ganancias se las llevan grandes empresas al exterior, pero cuando hay pérdidas, estas se socializan y es la comunidad en su conjunto quien en definitiva deberá afrontar ese gasto. “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”.¹⁷

No todos los factores objetivos de responsabilidad poseen el mismo fundamento. El factor riesgo funciona en el supuesto de la responsabilidad por o con las cosas, es decir por el riesgo o vicio de las cosas. Este fue el criterio seguido por los jueces en casos como “Duarte, Dante c/Fábrica de Opalinas Hurlingham s/daños y perjuicios.”¹⁸

Siguiendo la postura del Dr. Mario Valls.¹⁹ la responsabilidad ambiental presenta las características siguientes: es objetiva, por ello quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su dependencia una persona o bajo su guarda una cosa que cause daño será responsable, responde siempre, de la cuna a la tumba. Es real, persigue a la cosa riesgosa que daña el ambiente. No es oponible a terceros por ejemplo la transmisión ni el abandono del dominio

¹⁵ Revista “Abogados” del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, número 81,

¹⁶ “El Desarrollo Sustentable como nuevo paradigma. Reportaje a Jorge Franza; pági.na 12 y 13

¹⁷ Ley General de Ambiente N° 25.675,6/11/02., Art. 28.

¹⁸ Duarte, Dante c/Fábrica de Opalinas Hurlingham s/daños y perjuicios: LL-1995-C-360.

¹⁹ Manual de Derecho Ambiental de Mario F. Valls, páginas 282 al 284

de residuos peligrosos (Ley N° 24.051 artículo 46). Es difusa porque no se advierte quién ha de ser el damnificado. Por ende, es Colectiva. Es solidaria porque “sin en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y a los profesionales, en la medida de su participación.”²⁰

El principio de prevención se encuentra plasmado en la Ley General Ambiental y en diversos convenios ambientales internacionales.” Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. A diferencia del principio precautorio que se da “cuando haya peligro de daño grave e irreversible y la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces a los efectos de impedir la degradación del Medio Ambiente”.

PRESCRIPCIÓN: Los daños ocasionados al ambiente no son consecuencia de una sola acción, sino que son producto de todo un proceso extendido en el tiempo. Esta peculiaridad distintiva tiene importancia en el tema prescriptivo, ya que suelen exteriorizarse muy lentamente, terminando por favorecer a quién comete un daño ambiental, ya que el lapso del tiempo le permitiría insolventarse, ausentarse, y aún desaparecer física o jurídicamente.

Dado que el derecho a vivir en un ambiente sano, es un derecho humano, al contaminar el ambiente estaríamos ante un delito de lesa humanidad, por las enfermedades y las muertes que acarrea la contaminación, y por lo tanto imprescriptibles. Por ello, la acción desde el cese del daño como derivación del derecho constitucional de disfrutar de un ambiente sano y equilibrado y de la obligación de preservar la salud y la vida de los seres humanos es imprescriptible, al igual para nosotros, las acciones que se deriven de ellos. Por ello y siguiendo el mismo criterio, el límite de la normal tolerancia no es aplicable en los casos de degradación del Ambiente porque son susceptibles de afectar la vida y la salud humana.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en 1887 en “Saladeristas Podestá c/Pcia. De Buenos Aires. Dijo el Tribunal: “Ninguno puede tener derecho adquirido en comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de la propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria”...”la autorización de un establecimiento industrial siempre está fundada en una presunción de inocuidad”(fallo 31.273): Las ventajas sociales que puedan provocar la alteración del ambiente no pueden ser analizadas con un criterio económico, es decir mediante la ecuación costo-beneficio. Así la pérdida de un bosque no puede mensurarse en

²⁰ Artículo 31 de la Ley General del Ambiente

dinero. La degradación ambiental se enrola en la categoría de daño intolerable. La función social de la propiedad, constituye un límite a los poderes dominiales, preservando el interés social por sobre el individual.

Ante el daño ambiental producido, la idea central que surge de nuestra Constitución, es la de recomponer, es decir reponer las cosas al estado anterior al daño causado. No debe aplicarse el derecho a contaminar y luego pagar, porque sería a nuestro criterio dispensar el dolo.

2.1.3.3. El Reparto de Competencias en Materia Ambiental en la Constitución Nacional Argentina.

2.1.3.3.a. El federalismo en nuestra Constitución antes y luego de la reforma:

Nuestra Constitución en 1853, adoptó la forma federal de Estado en su artículo primero producto de un doble sistema de fuentes: en él se plasman –siguiendo a Segretti- por un lado el federalismo rioplatense basado en el modelo norteamericano, más cercano a la figura confederal; y el federalismo del interior liderado por Córdoba.²¹

Por ello nuestra forma de vinculación entre las autonomías provinciales y la nación no se ha generado a la usanza del modelo estadounidense. Es que nuestro sistema de distribución del poder en relación al territorio no responde a un tipo puro de federación, ya que nuestra constitución, instaura un sistema que trasciende los intereses de la nación y las provincias, arrojando como resultado una forma mixta como Federación unitaria o Unidad federativa de Alberdi.²²

Estos elementos entendemos no han sido modificados sustancialmente con la reforma de 1994. Por el contrario, continúa siendo muy fuerte la supremacía del gobierno central, respecto de los de las provincias, supremacía jurídica y política. Además, podemos agregar –junto con la doctrina más destacada- que la Constitución real refleja una situación totalmente diferente de la querida por el constituyente. Los factores que han generado este estado de cosas son de variada índole, ya que responden a diferentes motivaciones.

2.1.3.3.b. El estado federal y sus relaciones analizadas a través de sus principios básicos.

Una buena manera de describir nuestro actual estado federal podría ser verificar lo que German Bidart Campos describe como doble relación de fuerzas: centrípeta y centrífuga.²³

²¹ Segretti Carlos, Federalismo rioplatense y federalismo argentino, Córdoba, Centro de Estudios Históricos, 1995, Cuadernos 7 y 8; citado por María C. Castorina de Tarquini, Federalismo e Integración, Ed. Ediar, Bs.A., 1997, p.59/60

²² María C. Castorina de Tarquini, Federalismo e Integración, Ed. Ediar, Bs.As., 1997, p.61

²³ Germán Bidart Campos, Tratado de Derecho Constitucional, T. IA, Ed. Ediar 2000, p.646.

Sabemos que este sistema compensa la unidad de un solo estado y la autonomía de varios que lo componen. Así nuestro federalismo se presenta como un esquema de transición que históricamente nació del “reconocimiento de una autonomía provincial “débil” pero que – por expresa confesión de sus autores intelectuales – pretendía terminar siendo un unitarismo. No es casual que todos los intentos previos a la Constitución de 1853, hayan sido con ese contenido. Por eso si leemos las fuentes históricas – en ese contexto –verificaremos las dos líneas de pensamiento.

Básicamente nuestro federalismo parte de un esquema que no sufre modificaciones con las diferentes reformas. El común denominador está dado por la mencionada supremacía del poder central sobre las autonomías provinciales.²⁴

A ello agregamos la incidencia de los partidos nacionales que han desvirtuado la naturaleza de la Cámara de Senadores representantes de las provincias, hoy dominados por los designios del partido político nacional al que pertenece el representante. Por ello es que luego de la reforma vemos más débiles a las autonomías provinciales, ya que se han fortalecido el poder central, eliminándose los controles verticales que implicarían un verdadero régimen de descentralización territorial del poder. Además de ello se han aumentado las relaciones de concurrencia “pura”, las que en el punto de conflicto siempre serán resueltas a favor de la supremacía del orden federal, lo que implica un nuevo paso en detrimento de las autonomías provinciales.

En este contexto que debemos analizar la reforma de 1994, en relación al reparto de competencias en materia ambiental. Creemos éste es uno de los pocos puntos en que el constituyente parece haber incorporado una verdadera atomización de competencias centrales concibiendo una descentralización a favor de las autonomías provinciales.

Sabemos que nuestro sistema Federal presenta tres principios que serán reflejo de tres tipos de relaciones que se generan entre los elementos que lo integran:

- Subordinación.
- Participación.
- Coordinación.

La relación de *Subordinación* se expresa en la llamada supremacía federal. La *Participación* implica reconocer en alguna medida la colaboración de las provincias en la formación del gobierno federal a través del órgano legislativo.²⁵

²⁴ Siguiendo a Castorina de Tarquini, op.cit., p.61/62.

²⁵ Recordemos que nuestra Cámara de Senadores se compone de miembros que representan a las provincias, a pesar de la incorporación del tercer senador elemento que debilita esta idea. Ver.Eduardo Jiménez, Derecho Constitucional T.III, Ed. Ediar, p.133 y 139.

Pero en la materia que hoy ocupa nuestro análisis la principal cuestión a la que deberemos prestar atención es la relación de *Coordinación*, por la cual se delimitan las competencias propias del estado federal y las provincias.

2.1.3.3.c. Tipos de competencias en nuestra Constitución.

Como ya lo adelantáramos, el primer elemento relevante a efectos de explicar el reparto de competencias en nuestra Constitución es el artículo 121. En este aspecto la constitución establece como principio general 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”*. Esta norma no ha sido dada a favor de la nación por oposición a las provincias, sino a favor de la coordinación de ambos intereses. La que ha operado la delegación es la Constitución y su texto es un llamado a armonizar las posiciones que históricamente fueron antagónicas.

Conforme esta norma, sabemos que las provincias reservan todo el poder no delegado al gobierno federal en la Constitución. Esto quiere decir que a partir de esta cláusula residual las competencias que no han sido atribuidas expresamente al gobierno federal serán reservadas a las provincias.

Porque nuestra Constitución – apartándose de otros modelos- no contiene un listado de materias en las que se dividen las competencias atribuidas al estado central y a las autonomías federadas. Nosotros poseemos el artículo 75, o el 126 que van distribuyéndose funcionalmente tanto a favor del estado federal como expresamente a favor de las provincias algunas competencias. Pero para los supuestos no previstos se aplicará la cláusula residual que resolverá el reparto de competencias en situaciones no previstas. De esta forma no hay conflictos por los supuestos no previstos porque la forma residual nos asegura la asignación competencial para todos los supuestos.

La doctrina más clásica califica las competencias asignadas en nuestra Constitución en:

- Competencias exclusivas el estado federal
- Competencias exclusivas de las provincias
- Competencias **concurrentes (medio ambiente 41, desarrollo 75 inc. 18)**.
- Competencias **excepcionales** del estado federal y de las provincias.
- Competencias **compartidas**, en las que se necesitan la doble decisión integratoria federal y provincial. -

2.1.3.3.d. Antecedentes Doctrinales –la distribución de competencias ambientales antes de la reforma de 1994.

Antes de la reforma, el problema de la competencia en materia ambiental venía resuelto de manera dispersa, a través de sentencias judiciales o de opiniones de la doctrina. Algunos – la mayoría sostenía que la competencia encuadraba dentro de las denominadas **competencias concurrentes**. Respecto de este tipo de esquemas la sentencia de la **CSJN** en autos “*Griet Hnos c/Provincia de Tucumán* del 3.11.1922 dijo que: “en sentido gramatical como en el concepto jurídico, el verbo concurrir significa contribuir a un fin, prestar ayuda, influjo, asistencia, dirigir dos o más fuerzas a un mismo sitio o hacia igual finalidad...” Si vamos más atrás todavía en *Los Saladaristas de Barracas* del 14.4.1887 ya la **CSJN** había entendido que el ejercicio del poder de policía en materia ambiental en la que se desenvuelven las comunidades humanas, es una competencia que, sin serle negada a la autoridad nacional le corresponde en principio a la autoridad local.

La mayoría de los autores coincidían en que hasta ese momento la competencia en materia ambiental debía ser concurrente entre la nación y provincias. Sólo algunas voces aportaban datos diferentes en relación a los contenidos materiales del sistema. Es que antes de la reforma el esquema competencial no era tan claro, dice Guido Tawil. En esos años la **regulación ambiental básica correspondía a las provincias** en virtud del antiguo 104 (las facultades no delegadas a la Nación). El Congreso de la Nación tenían una facultad de excepción que debía resultar de una **delegación expresa**, de las provincias en el caso puntual, conservando aquellas la competencia general básica, con excepción de aquellas materias que debían ser reguladas por los códigos de fondo (67 inc. 11) o el comercio interprovincial (75, inc.13).²⁶

Lo que no ha sido tenido en consideración es que por aquellos años sólo se vislumbraba la competencia administrativa ambiental. En ese sentido como toda la faz de poder de policía pertenece al ámbito local en esos tiempos las únicas normas “ambientales” dictadas por el Congreso preveían la adhesión provincial, porque el Congreso en materia de policía sólo podía legislar sobre los territorios nacionales y no para toda la república, porque ese poder no había sido delegado por las provincias expresamente a la nación. Hoy la nación, - como a continuación veremos – ha visto ensanchada su esfera de actuación porque en materia ambiental ahora posee la facultad de legislar los presupuestos mínimos no sólo en los territorios de jurisdicción nacional sino en todo el país.

Por eso la mayoría de las leyes como la 3959, de Policía sanitaria animal, la 13.723 de defensa de la riqueza forestal, o la 22.421 de Conservación de la Fauna eran leyes que se dictaron por el gobierno nacional con el objeto de ser aplicadas sólo en los territorios sometidos a régimen federal. Por excepción esas leyes incluían un mecanismo de adhesión provincial para extender su aplicación al territorio de las provincias, ello porque las provincias poseían la competencia general en la materia y en ese ámbito el congreso no tiene facultades. La única excepción la representaban dentro de aquellas leyes las normas que debían ser legisladas en los códigos de fondo, como pueden ser los delitos ambientales o las

²⁶ Guido Santiago Tawil, La Cláusula Ambiental en la Constitución Nacional. La Ley 15.5.1995

normas de responsabilidad incluidas en esas mismas leyes, pero de una naturaleza diferente (67, inc.11).²⁷

Pigretti sostiene que en esos tiempos el reparto competencial tiene base en dos elementos: las competencias expresamente delegadas por las provincias a la nación en la Constitución, poderes implícitos que amplían su esfera de actuación. Las provincias conservan la propiedad de los bienes situados en su territorio en la medida en que fueron detentados por la corona de España; pero la falta de texto expreso deriva la cuestión a las normas que en los códigos fundamentales se establezcan. Los códigos respetaron los derechos de las provincias sobre los bienes. El aprovechamiento de las aguas, el uso del dominio público y la disposición de las tierras del patrimonio privado estatal (sin dueño, vacantes o mostrencas) se los consideró como pertenecientes a la jurisdicción local.²⁸

2.1.3.3.e. Fuente del artículo 41.

La fuente de este artículo proviene del derecho español donde se regla de manera similar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en relación a la protección del ambiente. La terminología “ley de bases” utilizada por Quiroga Lavié para describir el sistema-proviene del derecho español; pero la dificultad con la que nos encontramos está vinculada con que aquel modelo de estado complejo no presenta las mismas características que enumeráramos precedentemente para nuestro Federalismo mixto. Por ello, para comprender el origen del tercer párrafo del artículo 41 y elaborar una correcta transpolación del mecanismo a nuestro sistema constitucional, deberemos siempre tener en consideración este dato.

Prima entonces decir que en el modelo español este tipo de técnica (la de la ley marco) ha sido utilizada de tres maneras diferentes por la Constitución de 1978:

- El artículo 82 y 83 donde se habla de ley de bases como facultad de las Cortes Generales (Parlamento Nacional) de delegar la potestad de dictar normas con rango de Ley en el gobierno (ejecutivo parlamentario). Las leyes de bases en ese caso precisarán el objeto y el alcance de la delegación. Es una delegación de atribuciones en sentido horizontal entre órganos diferenciados, del Estado Nacional.
- El artículo 150.1 que refiere a *principios bases y directrices fijados por una ley estatal*, cuando regla la posibilidad que tienen las Cortes Generales de atribuir a todas o cada una de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar para sí mismas

²⁷ Para estos supuestos la Ley 22.421 preveía que la adhesión provincial hacía extensiva la aplicación de toda ley a la provincia que la aceptara, pero además para las provincias que no adherían establecía que las normas penales de todas maneras se les aplicaban, por ser derecho común (art. 75, inc.12 C.N.). Esto es lo que Quiroga Lavié califica como ley mixta, es decir que deriva de varias competencias diferentes del Congreso. Para profundizar ver Humberto Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicalecelaya, en Derecho Constitucional Argentino, Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina,2000, p.915.

²⁸ Eduardo Pigretti, Derecho Ambiental, Ed.Depalma 2000,p.31/35.

normas legislativas en el marco de aquellas. Delegación parcial de competencias que son autoridad nacional a las Comunidades Autónomas alterando el sistema previsto en la Constitución. Esto porque en la Constitución española el sistema no está cerrado como aquí, y donde el reparto es imposible de pensarse, si no es mediante la Constitución. **De todas maneras, este tipo de delegación es vertical y parcial (porque se habla de normas legislativas en el marco de los principios, bases y directivas fijados en la ley estatal).**²⁹

- El artículo 150.2 se refiere a la posibilidad de la delegación vertical lisa y llana, donde la autoridad estatal nacional transfiere o delega por ley orgánica (procedimiento más complejo que la ley ordinaria) facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su naturaleza sean susceptibles de transferirse.³⁰
- El artículo 150.3 prevé la armonización mediante leyes nacionales de normativas provenientes de las Comunidades Autónomas cuando así lo requiera el interés general.³¹

Como se puede apreciar, los tres supuestos del artículo 150 son ejemplos de delegación que es posible sólo en el marco de un estado complejo como el español donde el reparto de competencias no aparece cerrado. En un modelo de Estado Federal como el argentino donde el reparto se encuentra cerrado, por la Constitución, fuente única, esto es impensado.

De manera brillante García De Enterría, explica su esquema de estado español y dice:” Si bien los dos grandes ordenamientos territoriales están entre sí en una posición básica de separación, ello es perfectamente compatible con que la relación respectiva de cada uno con el supraordenamiento constitucional, o sea la de subordinación jerárquica.

La Constitución ejerce su “primacía” simultáneamente sobre los dos subordenamientos que de ella, como tronco común parten: el estatal y el autonómico. La Constitución es el supremo repartidor de competencias.

Pero termina separando los esquemas diciendo que: “La diferencia entre nuestra fórmula de Estado compuesto, y el estado Federal radica en que la Constitución no ultima por sí sola la distribución de competencias”.

Esta es una idea ajena a nuestro esquema, donde se observa el principio de **fundamentalidad**, y su **subprincipio de distribución**, los que implican que las ideas rectoras de este esquema serán las de delimitación e indelegabilidad. A partir de éstas el intérprete no puede modificar la distribución de funciones prevista por la misma Constitución.³²

²⁹ Daniel Eduardo Vicente, op.cit. p.367.

³⁰ Daniel Eduardo Vicente, op.cit. p.368.

³¹ Daniel Eduardo Vicente, op.cit. p.368.

³² Néstor Sagües, Los principios específicos de Derecho Constitucional, Temas de Derecho Público Universidad de Externado de Colombia. P. 19/21.

Por ello, no debemos olvidar que en el esquema argentino es la Constitución Federal la que dará el esquema de repartición competencial y de manera expresa, e implícita asignará espacios a la Nación, y le reservará lo no asignado a los ordenamientos jurídicos provinciales. La Constitución obra como norma subordinante de los ordenamientos derivados de ella (nacional y provincial). Nadie puede en nuestro esquema variar las competencias dispuestas por la Carta Magna.³³

Pero además de estos supuestos, la Constitución española de 1978, contiene dos artículos: el 149.1.23 donde el Estado se reserva la competencia exclusiva de dictar “la legislación básica de protección del medio ambiente”, sin perjuicio de la competencia autonómica para dictar “normas adicionales de protección”, el que es completado por el 148.19 que reserva a las Comunidades Autónomas la competencia para gestionar la protección del medio ambiente.

Decimos esto porque esa es la fuente del tercer párrafo de nuestro artículo 41. El constituyente en 1994, tomó el modelo de ley base y normas adicionales de protección de un sistema que, aunque diferente al nuestro, es perfectamente adaptable. Los españoles luego de diez años utilizando este esquema concluyen asustados diciendo que están sufriendo una suerte de federalización en materia de competencias constitucionales. (ver en ese sentido a Raúl Canosa Usera, Constitución y Medio Ambiente, Ed. Ciudad Argentina-Dykinson S.L., 2000, donde dice “En España, como ha ocurrido en otros ámbitos, también en el ambiental la práctica y la jurisprudencia han ido consolidando una cierta “federalización” de nuestro reparto competencial...” (p.210)).

Nuestra doctrina y jurisprudencia la toman con ciertos reparos por resultar novedoso. Particularmente creemos que en este caso se da un fenómeno muy particular, que luego profundizaremos y es que el objeto califica el reparto, y provoca que cada estado adapte su sistema de funciones sin perder la idea central en cuanto a los principios ambientales que son universalmente aplicables a todos los esquemas estaduales. Por eso creemos, a pesar de la diferencia de modelos de estado, en España, Alemania, Brasil, Australia, se ha establecido de manera similar la competencia para legislar en materia ambiental.

Este fenómeno jurídico se ha verificado en países totalmente diferente como Estados Unidos (modelo federal) donde se viene trabajando arduamente sobre un esquema de reparto similar al nuestro, a pesar de que allí la cuestión de la ley marco común, a los estados y única ha fracasado varias veces.³⁴

Sin embargo, decimos que el sistema americano es similar al nuestro porque allí las normas ambientales son federales y están bien definidas. Son casi treinta leyes que establecen normas nacionales para la calidad del aire, agua, la reparación ambiental. Los 50 estados están invitados a desarrollar sistemas de premisos ambientales requiriendo que las industrias

³³ Daniel Eduardo Vicente, op.cit, p.400.

³⁴ En 1970 se hubo propuesto en EEUU el Acto Nacional de Políticas para el Uso del Suelo y fracasó por 11 votos. Una ley marco que basaba la cuestión de la protección de los recursos naturales en la Planificación Territorial.

cumplan con estas normas nacionales. Si no lo hacen las agencias federales reglamentarán las actividades en esos estados en rebeldía. Por ley, los ciudadanos y las Organizaciones no Gubernamentales pueden enjuiciar para requerir el cumplimiento de las normas establecidas a nivel federal, si las agencias estatales y federales son lo hacen.³⁵

En cuanto a las otras competencias (administrativa y judicial) en nuestro caso, como en todos los países federales la tendencia será compatibilizar las facultades de los diferentes niveles de gobierno, resultando lo que se ha dado en llamar “Federalismo de Concertación”, en cuyo interior cada uno de los actores encuentra un ámbito de actuación que le es propio. Allí los esquemas comprados presentan una casuística similar también.

Ahora la incidencia de este esquema competencial en relación al sistema de controles de nuestro federalismo será importante. Respecto a ello Humberto Quiroga Lavié ha dicho que: “si la ley de bases es un instrumento idóneo para lograr la funcionalidad de la gestión de Estado, el instrumento puede funcionar tanto a nivel de la distribución horizontal del poder, -entre los poderes del estado central en una federación – como a nivel de distribución vertical del poder, es decir a la hora de distribuir las competencias legislativas entre el Estado Central y los Estados federados, en una federación”.

Si consideramos el sistema de control vertical caracterizado por Karl Lowenstein (vale recordar que este autor plantea el federalismo como un control vertical del poder, es decir un control entre los detentadores del poder instituidos y la sociedad en su totalidad. En este aspecto el Federalismo plantea un esquema donde aparece un enfrentamiento entre dos soberanías diferentes, separadas territorialmente, y que se equilibran mutuamente. Karl Lowenstein, Teoría de la Constitución, Ariel Ciencias Política, 1983, p.353); y en relación a éste verificamos al Federalismo como un modelo de estado con separación de dos esferas donde coexiste un constante control recíproco entre ambas, veremos cómo este nuevo esquema de reparto competencial ambiental, introducido en este modelo federal provocará un reforzamiento de las fuerzas locales por sobre la centralización federal. Sabemos que lo más relevante en este tipo de estado será justamente la separación de funciones, ya que esa será la forma en que ambas esferas convendrán su actuación. Es allí donde se verificarán estas nuevas competencias concurrentes, con nuevos contornos por la nueva modalidad de concurrencia, lo que provocará una variable interesante en cuanto al control vertical propuesto por el autor alemán.

La manera en que el objeto ambiental exige respetar las autonomías locales y no perder la medida global de las consecuencias de la acción degradante, nos va a dar una idea del fenómeno novedoso que es éste nuevo esquema de federalismo ambiental.³⁶

³⁵ (John R. Nolon Propuestas políticas públicas para el desarrollo sustentable: un reto para el sistema federal argentino, documento de Trabajo del 2do. Coloquio FARN, propuestas de políticas públicas para el desarrollo sustentable, Taller Distribución de competencias y Sustentabilidad, Villa Carlos Paz, Córdoba, 24.6.99)

³⁶ Así lo denomina Humberto Quiroga Lavié, en la Protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional, LL, 18.3.96, p. 2 y El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional, LL 16.4.96, p.3.)

2.1.3.3.f. El Artículo 41 de la Constitución Nacional.

Dice el Artículo 41 de la Constitución Nacional, por la reforma de 1994:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”.

Nuestro artículo será relevante en dos aspectos, primero en cuanto al tercer párrafo por el reparto competencial, legislativo, administrativo y jurisdiccional, y luego por el segundo párrafo que será fundamental en cuanto a la aplicación normativa previendo el principio de integración y el de subsidiariedad.

2.1.3.3.g. El reparto competencial en materia ambiental. La distribución funcional de las competencias en medio ambiente.

El mandato que contiene el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional está dirigido a las autoridades, lo que implica una horizontalidad que vincula a todos los poderes públicos internos de la República, sea cual fuere su ámbito territorial, o las competencias asumidas por cada uno. Es que los principios ambientales contenidos en el artículo 41 se harán efectivos con la actuación de todos ellos de manera coordinada. El resultado de toda la actuación estatal –en sentido amplio, incluyendo los estados provinciales y municipales también – deberá ser teniendo en miras los principios constitucionales ambientales al servicio, a la postre, del derecho reconocido en el artículo 41. Para comprender la forma en que se desenvuelven debemos prestar atención a la manera en que los diferentes actores se vinculan, en cuanto a la competencia ambiental.

El primer elemento que tenemos que entender es que estamos ante un esquema de estado federal mixto en el que se balancean las pretendidas autonomías territoriales –provincias- sin perder la fuerza de cohesión que tuvo por base el nacimiento del estado central y la

uniformidad legislativa para todo el territorio. Por lo tanto, deberemos pensar –en una materia tan compleja como la que abordamos – en llevar la regulación jurídica a una multiplicidad de planos de intervención sin perder las bases de protección del estado federal, que será el garante de la uniformidad del sistema de bases. Por ello creemos conveniente que –previo al análisis de la cuestión- nos ocupemos de algunas nociones fundamentales para comprender acabadamente la situación.

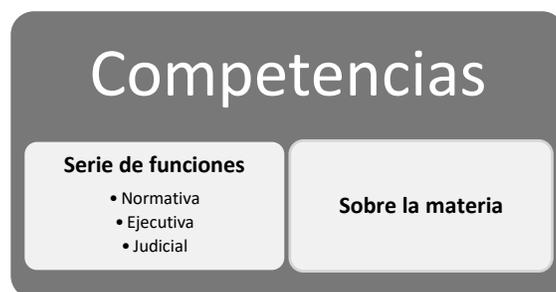
Lo primero que se debe señalar será la noción de **competencia**, la que comprende dos subconceptos: la **función** y la **materia**. El ejercicio de una competencia comporta la asunción por parte de uno o varios entes territoriales de una serie de *funciones* sobre una *materia* determinada. Estas funciones son fundamentalmente la función de *normar* la materia en cuestión, la función de *ejecutar*, lo que previamente ha sido normado y la función de dirimir conflictos en esa materia.

Cuando hablamos de función de *normar* nos referimos –en un sentido amplio- a la regulación jurídica de la misma, en toda su extensión, ya sea a través de instrumentos normativos de rango legal o reglamentario.

La función *ejecutiva*, por otro lado, se refiere al modo en que se llevará a cabo la materialización efectiva de aquello que ha sido regulado por la norma, normalmente, a través de la actuación administrativa, en sentido amplio (potestad reglamentaria y actos administrativos).

La función *Judicial* implica dirimir conflictos (individuales o colectivos) y está vinculada a la actuación ante los tribunales de justicia, para restablecer el derecho violado o dañado.

En síntesis, la idea es la siguiente:



Si seguimos la idea que esbozáramos previamente, diríamos que la complejidad de nuestro estado federal y su vinculación con las provincias implicará que cada uno de estos vectores ejerza una función competencial concreta sobre la materia. Esa es la manera en que se vinculan los diferentes controles verticales. En casi todos los casos son tres las funciones verificables: la de legislar, la de administrar y la de juzgar. Todas ellas se aúnan en una misma materia.

Pero para agregar complejidad a nuestro caso, en el mismo verificamos que la función competencial para legislar, aparece desdoblada en dos subfunciones, ya que conforme lo reglado por el Artículo 41, tercer párrafo, le corresponderá a la Nación de manera exclusiva la función *competencial* de dictar *normas que contengan los presupuestos mínimos de protección*, y a las provincias la función exclusiva de *dictar las normas necesarias para complementarlas*. Esa es la manera en que concurren a la función competencial de legislar en materia de protección ambiental.

Pero la cuestión de la competencia ambiental no se agota en saber quién dicta las normas de presupuestos mínimos, y quien las complementarias, porque con éstas dos no termina el amplio abanico de funciones posibles para un tratamiento completo de la materia ambiental. Y en este punto es fundamental que entendamos que restan otras funciones, respecto las cuales no hay expresa atribución competencial, como por ejemplo, la ejecución de las normas, es decir la función competencial administrativa. Respecto a ella, adelantamos que por virtud de la cláusula residual reglada en el 121 conforme la cual las provincias pueden ejercitar las funciones que no han sido atribuidas expresamente a favor al estado federal, podríamos establecer que toda esta función –no reglada- pertenece al ámbito de las autonomías provincial, como antes de la reforma.

Finalmente tendremos la función judicial, que implica que la normativa ambiental que se logra como resultado de la compleja función competencial para legislar, será aplicada por los tribunales para resolver las causas o conflictos entre los habitantes.

2.1.3.3.h. La función competencial legislativa: La concurrencia y el subprincipio de complemento.

Como acabamos de sostenerlo, la competencia legislativa asignada por nuestra Constitución respecto a la cuestión de protección ambiental, ha quedado determinada dentro de un esquema de concurrencia nación-provincias. Lo que ahora será objeto del presente es tratar de dilucidar la medida de esa concurrencia, y entender que es lo que implica ésta idea. Porque el concepto no quedará definido de manera íntegra si no se lo hace a través de la denominada doctrina de las competencias **COMPLEMENTARIAS** o **PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD**.

Esta idea como ya hemos analizado viene de la fuente española y nos obliga a readaptar el esquema de concurrencia a nuestro sistema Federal, ya que aquí el objeto califica el reparto. Pero creemos que, para poder describir la modalidad de concurrencia propuesta en materia ambiental, previamente deberemos explicar en profundidad los parámetros que incluye la idea de competencia complementaria adaptándola a nuestro esquema.

Nuestro sistema constitucional sabe de estos esquemas de exclusividad. Hay exclusividad que implica exclusión por ejemplo cuando se regla en nuestra C.N. a favor de la Nación el dictado de normas cuyo ámbito de aplicación se extendía a todo el territorio nacional. Los

códigos de fondo (Art. 75, inc.12) son un ejemplo, ya que ellos son dictados por el Congreso Nacional y no admiten complemento o desarrollo posterior por las legislaturas locales. Esto implica la noción de exclusión, lo que provocaría –en caso de violación al reparto establecido por la Constitución – la inconstitucionalidad de la norma provincial

Diferentes son los supuestos de **conurrencia** federal típica como en materia de progreso reglado en los artículos 75 inc.18 y 125, donde tanto la Nación como las provincias pueden reglar la materia. Si las mismas se oponen se resolverá la cuestión por la primacía del derecho federal del artículo 31.

Otros supuestos diferentes son los casos de **compartición** en que la decisión política es compartida. Este es el caso del art. 3 y 13 donde cada una de las autoridades aporta a un objetivo común aquello que les resulta de exclusiva.

PERO EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTICULO 41 NO HAY CONCURRENCIA EN EL SENTIDO TRADICIONAL DEL TÉRMINO, SINO UNA NUEVA CONCURRENCIA ENTRE FUNCIONES COMPETENCIALES LEGISLATIVAS ASIGNADAS DIFERENCIALMENTE A UNA U OTRA FUENTE DE PRODUCCIÓN NORMATIVA POR EL MÁXIMO REPARTIDOR DE COMPETENCIAS, CON CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO Y SOLO ALTERABLE POR UN NUEVO EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE REFORMA CONSTITUCIONAL (PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR O DERIVADO).³⁷

Porque la norma de máxima jerarquía dirige a la Nación en materia de protección del ambiente el ejercicio de la competencia legislativa de *dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección.*

Esta es una FUNCION competencial que de modo exclusivo y excluyente se le asigna la autoridad federal. Pero como con el ejercicio de ella no se agota la regulación de la materia, todavía el constituyente tuvo que agregar que a la autoridad provincial le queda la FUNCION competencial legislativa para complementarlas.

Si siguiéramos una interpretación literal de la norma, comprobaremos que es el mismo texto el que utiliza el verbo “complemento” cuando designa la forma en que se deberá trabajar la función competencial de las provincias.

Podríamos agregar –haciendo un recuento histórico- que nunca las provincias tuvieron la competencia para COMPLEMENTAR normas sustantivas de fuente nacional.

³⁷ Daniel Eduardo Vicente, op.cit., p. 397

Esta noción que utiliza la norma –complemento provincial – es la que nos hace renovar el análisis acerca de cuál es la medida de este complemento, derivado de esquemas como el español, donde se clasifica a esta competencia como complementaria y no concurrente. Pero nosotros queremos pensar en un nuevo esquema de concurrencia y no en una competencia diferente.

Pero esto no quiere decir que no verifiquemos que el esquema en que concurren ambos sectores competenciales no sea novedoso. Este fenómeno –como ya lo adelantáramos- tiene que ver con que en este punto se produce un amoldamiento por los esquemas estatales a la materia a repartir. Por eso se insiste:

EN EL CASO AMBIENTAL EL OBJETO CALIFICA EL TIPO DE REPARTO COMPETENCIAL.

2.1.3.3.i. El fundamento del mecanismo de reparto competencial: el objeto ambiental.

2.1.4. Pensar global y actuar local

En este punto queremos ser claros en un tema que hemos venido adelantando:

EN EL ESQUEMA COMPETENCIAL EN MATERIA AMBIENTAL EL OBJETO CALIFICA EL REPARTO.

¿Por qué decimos esto? Porque no es casual la forma que asume el reparto competencial en diferentes estados comparados. En todos ellos –estados complejos unitarios o federales – siempre el esquema de reparto en su sustancia coincide. Siempre se persigue una normativa que sea uniforme y basal y otra que sea específica y complemente la otra norma, pero teniendo en cuenta los aspectos locales del lugar donde se aplique. La directa aplicación del principio ambiental Pensar Global y actuar local.

¿Por qué sucede esto?, pues porque el medio ambiente no se concibe de modo discontinuo. No podemos fragmentarlo a través de las arbitrarias divisiones políticas estatales. Las fronteras son creaciones humanas, que involucran una convención del hombre que el medio ambiente en la mayor parte de las veces no tiene en consideración.

Además, la mayor parte de las veces el ambiente involucra a bienes de la humanidad. Los efectos de la contaminación ambiental se propagan por territorios insospechados. La alteración o destrucción de ecosistemas producen efectos en el mediano y largo plazo, y en ámbitos geográficos lejanos a los que se verifican originalmente. Esto incide en la manera en que debemos pensar el régimen de normas tuitivas del bien. De allí que hablemos como lo hemos hecho de dinámica espacial y temporal.

La base del criterio de distribución competencial en materia legislativa ambiental estará siempre vinculada con la idea de que una parte importante del bloque legal, deberá ser tratado con un criterio único, uniforme, basal y fundante.

Esto es lo que habilita al gobierno central a legislar los presupuestos mínimos de protección. Si esta técnica no existiera, la igualdad entre los habitantes de las provincias y en el comercio interior se verían afectados, ya que habría un desequilibrio entre las mismas provocándose una especie de promoción industrial que iría en detrimento de la protección ambiental y de la seguridad jurídica. Esta es la más recta aplicación de la parte del principio que reza *Pensar Global*.

El artículo 75, inciso 12 establece la competencia del estado federal sobre estas materias, que –es exclusiva y se aplica sobre todo el sector normativo sustantivo, quedando agotada la regulación de fondo de la materia con la legislación del Congreso de la Nación. En esos casos a las provincias les quedará la *implementación*, lo que implica los códigos de procedimiento y la creación de los tribunales que serán los que actúen las normas en los casos concretos.

Sin embargo, la regulación ambiental no puede agotarse en esto. Si la regulación sería sólo fuente nacional y única en todo el territorio –como los códigos de fondo regulados en el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional- se perdería la diversidad de cada uno de los sectores, zonas o regiones naturales del país, en desmedro de las autonomías locales. Por ello, cuando hablamos de normas de protección del ambiente, no estamos refiriéndonos a una legislación, relacionada con el cheque, con las quiebras, las prendas, las hipotecas, el homicidio o el matrimonio civil, materias en las que el constituyente advierte que no es necesaria la bendita diversidad del ámbito local. En materia ambiental además juega un papel fundamental la segunda parte del adagio: **actuar local**.

En cuanto al objeto ambiente, necesitamos que la legislación ambiental sustantiva no se agote con esa uniformidad y por el contrario refleje las características de cada provincia. Algunas pueden –si así lo desean- colocar límites y estándares de protección ambiental más rigurosos, quizá por una elección propia, a partir de su política estatal. Pensemos en provincias que pretenden desarrollar su industria turística y su proyección a través de la conservación de espacios naturales, y por otro lado provincias que no poseen ese interés porque quizá no tengan esas riquezas, y por lo tanto deseen quedarse con medidas acotadas de protección, para recibir mayor cantidad de industrias pesadas.

En este punto juega un papel fundamental el complemento legislativo provincial, el que sin poder reglar menos de lo que la norma nacional –sí lo desea. Puede ir más allá en la protección. Así se respeta la diversidad y se unifica el sistema nacional. Nunca más federales que en este punto, donde pensamos en las consecuencias globales del problema, pero sin perder de vista las diversidades locales, dándole participación en la legislación de fondo a ellas.

Por ello decimos que lo que queda claro es que este esquema de concurrencia será totalmente diferente a los anteriores, ya que complementar no es lo mismo que implementar como sucedía con el derecho común del artículo 75, inc.12, que debe ser implementado por las provincias. Los presupuestos mínimos tampoco son derecho federal concurrente como el artículo 75, inciso 18.

El efecto de este tipo de sistema es que ahora las normas que surjan con éste esquema de *fuentes diferentes*, se deberá integrar en un *bloque normativo único*. Aunque formalmente no sea posible unificarlas en un código por la dinámica de la cuestión, dinámica temporal y espacial, materialmente debe ser así.

Muchos autores afirman que antes de la reforma las provincias tenían toda la competencia en materia ambiental. Completan la idea refiriendo que esa competencia la han resignado a partir de 1994, cuando le reconocen a la Nación la competencia en cuanto a la legislación de presupuestos mínimos. Si observamos el fenómeno desde otro ángulo, en realidad verificaremos que más que resignar, el nuevo esquema les posibilita a las provincias mayor seguridad a partir de la visión unificada –con el mínimo de presupuestos a nivel nacional- lo que les garantizará una promoción industrial en igualdad de condiciones.

Y, además, si advertimos el fenómeno del complemento provincial observaremos que luego de la reforma el esquema les permite a los entes que integran el estado federal participar de la formulación de un bloque de legalidad ambiental único que tendrá un mínimo de uniformidad nacional (garantizado por la normativa de presupuestos mínimos) y un máximo de especialidad y respeto por la diversidad local (a partir de la normativa de origen provincial de complemento),

Derecho al bloque de legalidad: Este es un nuevo derecho de los habitantes de la Nación, a que se respete la formación del éste bloque de legalidad ambiental con la participación de todas las fuentes de la manera en que la norma máxima lo ha reglado. Agregaremos que ello importará que el habitante de Formosa sepa que tiene derecho a que se dicte la normativa de presupuestos mínimos y a que su legislatura la complemente. Esto, tiene efectos prácticos interesantes para este habitante, y decimos esto porque la anarquía en los mínimos posibilita la oferta de condiciones más permisivas para la llegada de inversiones a provincias en desmedro de las restantes, y en definitiva perjudica el ambiente de todo el país. Por lo tanto hoy el habitante posee ese derecho a que se le permita una competencia en igualdad de condiciones y asimismo que se le respete la posibilidad de complemento provincial, con una normativa adaptada a los parámetros de su comarca.

3. FEDERALISMO AMBIENTAL

3.1. REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA.

3.1.1. Bloque de Legalidad Ambiental

Retomando lo expuesto cuando hablamos de Bloque de Legalidad Ambiental, diremos que este es un compuesto normativo de fuente diversas, integrado a partir de una relación determinada en la Constitución Nacional, y que congloba con cada provincia la normativa

nacional única reguladora de los presupuestos mínimos de protección con aquella normativa de origen local.

Estamos ante una regulación que **FORMALMENTE no se podrá unificar nunca**. Pero es esa imposibilidad la clave de su éxito: el respeto a la diversidad local, mediante el complemento provincial.

Las fuentes del mismo serán múltiples. Se ha hecho por el constituyente un reparto de competencias que implica para la nación la función competencial de legislar su exclusividad sólo los presupuestos mínimos de protección, y a las legislaturas locales en igual calidad la función competencial para el dictado de las normas complementarias que estas provincias entiendan pertinente.

3.1.2. Problemas dentro del bloque:

El primer supuesto problemático: será cuando la norma provincial contraríe a la norma nacional. La pregunta fundamental a la que nos conduce esta cuestión es ¿Cuál es la relación jerárquica entre las normas que integran el bloque?

Algunos autores sostienen que se debe aplicar la regla del Art. 31 CN. Así, la norma provincial que complementa no puede contrariar las disposiciones nacionales que fijan los presupuestos mínimos de protección, esto en la medida que ésta norma es de origen nacional-dictada por el Congreso, - y en consecuencia superior. Las autoridades locales le deben acatamiento.

Creemos que esta explicación no satisface el punto en requerimiento. La solución la da la misma norma que establece la forma de reparto de competencias, y justamente cuando lo hace refiere al *principio de complemento*, lo que impone el límite de actuación de cada una de las fuentes del bloque.

Complemento, -siempre dentro de este esquema de concurrencias- significa que se va a agregar algo para lograr formar un todo; pero para ello lo que se agregue no puede resultar incompatible con la sustancia de la anterior porción que ya contenía la cosa que se va a completar. La regla fundamental entonces será que el complemento no puede ser contrario a lo que viene a complementar. Ello sugiere que por un lado la norma de origen nacional dejará un espacio para ese complemento, pero además significa que la norma que la completa lo deberá hacer siguiendo los lineamientos de la norma de presupuestos mínimos. Si las cosas que se complementan son contrarias entre sí, si presentan regulaciones que se oponen, no podemos pensar en ningún tipo de complemento. -

Allí está la solución del conflicto: la norma de origen provincial deberá respetar la base impuesta en la legislación de presupuestos mínimos. La jerarquía del artículo 31 de la Constitución Nacional –a pesar de que existe- no es aplicable para solucionar el conflicto, sino que se deberá aplicar el mismo artículo 41 tercer párrafo, que impone una regla de

complementariedad, y que por lo tanto obliga a las provincias a respetar esos presupuestos mínimos, a los que pueden llevar adelante, pero de los que no se puede sustraer.

Debemos ser claros en este punto:

LA FACULTAD DE LAS PROVINCIAS ES DE COMPLEMENTACIÓN DE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA NACIONAL POR MEDIO DE OTRA NORMATIVA DE SEMEJANTE CARACTERÍSTICAS (SUSTANTIVA) PERO DE ÁMBITO LOCAL Y QUE NO DESCONOZCA A LA OTRA DE ÁMBITO DIFERENTE.

Pero en éste esquema que planteamos, donde no hay una sola ley formal de presupuestos mínimos, sino una tarea permanente de legislar los presupuestos mínimos ambientales debemos ser perspicaces, porque cuando surja una ley nacional que exceda los límites competenciales asignados (presupuestos mínimos) no dejando espacio para la complementación provincial, en ese supuesto aparecerá la legitimación de las provincias para impugnar ante la justicia la ley por inconstitucional. En este punto será aplicable la idea de exclusión en cuanto a la exclusividad de una función.

3.2. LA APLICACIÓN Y LA EJECUCIÓN NORMATIVA:

La incorporación de la de la dimensión ambiental a nuestra Constitución Nacional se corresponde con una realidad de la que hoy en día da testimonio un número cada vez mayor de leyes fundamentales y la legislación de todos los países del mundo, sin distinción.

Asimismo, es de destacar que todas las nuevas Constituciones que la mayor parte de las Provincias se han dictado desde 1986, abordan esta cuestión. La estructura general de tratamiento en las Constituciones responde a un esquema prácticamente idéntico. En primer lugar, en la parte dogmática – la dedicada a principios, derechos y garantías-, se reconoce el derecho general de todas las personas a un medio ambiente sano y equilibrado; concomitantemente con esta disposición y como una suerte de correlato, se establece la obligación o deber que también tiene todo habitante de proveer al logro de dicha meta.

En segundo lugar, generalmente en la parte orgánica – la consagrada a los poderes de gobierno-, se determina una serie de prestaciones a cargo del Estado para posibilitar justamente que rijan el derecho humano fundamental que en la primera parte reconoce. Estas acciones constituyen tanto medidas de carácter legislativo, como de carácter administrativo.

La reforma ha incluido ambos aspectos en una misma disposición, haciendo uso de una técnica legislativa que como hemos señalado no es la más habitual.

Por otra parte, el nuevo derecho público provincial pone de manifiesto que dicha estructura presenta matices diferenciadores. En algunas Constituciones la enumeración de los actos a cargo del gobierno es sumamente exhaustiva –p.ej., Formosa o Tierra del Fuego-, otras se contentan con una fórmula más general –Catamarca-. En tres Constituciones –Córdoba, Rio Negro y Tierra del Fuego, - se le ha dedicado un capítulo especial a la cuestión. Los

constituyentes de San Juan, La Rioja, y San Luis, han ido más lejos en la protección del nuevo derecho y lo garantizan a través de una acción especial de amparo.

Rio Negro, en un mismo sentido, reconoce la defensa de los intereses colectivos o difusos, rompiendo así con las reglas tradicionales en materia de derecho procesal.

Formosa consciente del carácter interjurisdiccional de la cuestión, menciona especialmente la posibilidad de celebración de tratados con otras jurisdicciones.

Rio Negro habla expresamente del poder de policía ambiental y reivindica su naturaleza local.

De todos modos, se trata casi siempre de disposiciones programáticas, es decir que para su operatividad necesitan de leyes posteriores que las reglamenten. Por ello en muchos casos se menciona expresamente la necesidad –Santiago del Estero, Córdoba-. La relación con los municipios queda reservada para el capítulo especial que todas las Constituciones le dedican a su régimen; el poder de policía se manifiesta como un complemento que asegura el cumplimiento de los objetivos perseguidos en otras materias de tipo sustantivo.

Es importante tener en cuenta, igualmente, a los efectos de definir el campo normativo que comprende esta materia, que su objeto resulta de difícil precisión, variable en materia de tiempo y de lugar.

Debemos tener en cuenta que no estamos frente a una esfera propia de cuestiones sustantivas. Mas bien, la temática ambiental se refiere a formas complementarias de actividad que se agregan a campos precisos de competencia, propios de otras disciplinas o materias en aras al logro de determinados objetivos. Entre los cuales el fundamental es aquel que consiste en la obtención de una calidad de vida digna o apropiada para los habitantes de una comunidad determinada, ya que va desde la esfera internacional hasta la del más pequeño vecindario.

La concreta aplicación de la legislación nacional o local, el efectivo ejercicio de la función de policía, corresponde a las provincias mediante la gestión de sus órganos administrativos ambientales y a través del funcionamiento de sus poderes judiciales, aplicándose la legislación nacional solamente en los sitios de jurisdicción nacional o en caso de conflictos interprovinciales.

La experiencia indica que la mejor manera de resolver las cuestiones es en el ámbito local. Es allí donde mejor se perciben los problemas. Pero además esa es la forma en que la constitución dispone la competencia administrativa ambiental: ésta pertenece de manera exclusiva al ámbito local que es quien elige las autoridades y les asigna funciones.

Esto es aplicable incluso a los ámbitos internos de las provincias, en cuanto a la distribución de funciones administrativas, respecto a los Municipios. Respecto a la obligación de actuar de las administraciones municipales la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sido clara cuando dijo que:

Es el Municipio –Intendente y Concejo Deliberante- en ejercicio del poder de policía quien debe ejercer una acción preventiva y permanente en materia de ecología, y más ampliamente de eubiólogía. De lo contrario, omite el cumplimiento de una función que se fundamenta en principios implícitos en el Preámbulo de la Constitución Nacional y provinciales y en normas contenidas en su articulado, (S.C.BA, Ac 49992 S 14-6-94, Juez Vivanco (MI) Rovere, Alejandra y otra c/ Municipalidad de Vicente López s/ Amparo DJBA, t.147 p.105 –JA t. 1994-IV p.32 –A y S. t. 1994 II p. 575 MAG. VOTANTES: Vivanco- Mercader-San Martín-Negri- Rodríguez Villar- Salas-Ghione-Labord)

Será entonces en ese ámbito administrativo donde más jugarán los esquemas del federalismo de concertación. Los pactos interprovinciales (Art. 125 C.N.) la formación de regiones entre provincias (Art. 124 C.N.), todos estos elementos implicarán acuerdos de las provincias en cuanto a la forma de vinculación de poderes que la Constitución Nacional les ha reservado. Además, tendrá un papel preponderante el COFEMA, a nivel federal en el que las autonomías provinciales podrán discutir y concertar las soluciones a problemas que se escapen de sus ámbitos territoriales.

Subsidiariedad: Pero además de este principio aparece el de **Subsidiariedad**, que en materia ambiental posee una aplicación fundamental, sobre todo cuando los ámbitos y competencias encuentran un nivel de complejidad como el que se da en nuestro caso.

Es que existen supuestos en los cuales- dada la dimensión del problema, o los efectos que pudieren acarrear la acción de solución- aparecen implicados intereses que escapan a la jurisdicción local. En estos casos, y solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los poderes locales (provincias), entonces la solución al problema se pueda lograr solo por la intervención del gobierno federal. Creemos el principio de intervención subsidiaria deberá aparecer perfectamente delineado por la norma nacional de presupuestos mínimos.

Bidart Campos, nos ejemplifica este mecanismo cuando nos dice que la actuación del estado federal por excepción puede llevarse adelante incluso en el ámbito local, siempre que el estado federal también invista excepcionalmente jurisdicción federal para aplicar y ejecutar algunas políticas y medidas protectoras del ambiente, si acaso la unidad ambiental así lo reclama.³⁸

Como vemos la subsidiariedad se vislumbra como el principio por excelencia en relación a la regulación de actuación de los tres niveles (federal, provincial y municipal) en cuanto a la ejecución de la normativa ambiental. Será fundamental una inteligente regulación del mismo, junto con otra serie de instrumentos (acuerdos interprovinciales y regionales) y además de otros principios basales en este punto, tales como el de integración.

³⁸ Germán Bidart Campos, Tratado de Derecho Constitucional, TIB, Ed. Ediar 2000. p. 646

3.3. COMPETENCIA JUDICIAL:

La competencia judicial, al igual que la competencia administrativa queda reservada al ámbito provincial. La fórmula que utiliza el artículo 41 es la misma que se utiliza en relación a la legislación de fondo “sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. Y además es perfectamente adaptable a este esquema lo dispuesto por el art. 75 inc. 12, en relación al bloque de legalidad ambiental el que entendemos será aplicado por las autoridades judiciales locales o federales “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...” en el sentido de la competencia será siempre local y por excepción será federal sin la norma así lo indica.

En este sentido nos aclara Germán Bidart Campos que existen casos en los cuales no obstante la reserva de las jurisdicciones locales, resulta viable que determinados delitos ecológicos puedan revestir la naturaleza de *delitos federales*, (y no de derecho penal común), y por ende, las respectivas causas judiciales deban tramitar ante tribunales federales. Este es el caso –por ejemplo- del artículo 58 de la Ley 24.051 que prevé para el conocimiento de los procesos penales por delitos con residuos peligrosos la intervención de los tribunales federales.

3.4. COMPETENCIA MUNICIPAL

El análisis del Municipio y las potestades locales, fue abordado por la doctrina municipalista mayoritaria desde su origen y génesis, partiendo de la afirmación de una esencia natural o universal del municipio. Desde la óptica de esa esencia, se deducía automáticamente cuáles eran los poderes municipales y su autonomía. Otra posición, encuentran razones para sostener la autonomía y el municipio, basadas en otras causas, ligadas al enfoque sistémico, permitiendo partir del concepto mismo de ciudad y territorio como sistemas de dinámica abierta cuyo crecimiento desempeña un papel que distinto al de décadas pasadas. En el marco de la globalización, los territorios locales se transforman en nodos del sistema desde los cuales se gesta el desarrollo, dando inicio a un proceso abierto, ambiguo y desigual que patentiza que el papel que juegan las ciudades no puede ser explicado desde la teoría política, económica basados en paradigmas clásicos de interpretación.

La estructura sistémica de la ciudad descansa en la forma jurídica representada por el municipio como entidad en relación con una unidad superior, que es el Estado. Así, siempre que se habla de ciudad libre o de ciudad independiente o soberana, cesa la idea del municipio, dada su correlación política-administrativa o al menos política, con el poder superior del Estado, al que la municipalidad queda sometida, aún dentro de la autonomía local.

El nuevo rol del municipio, notorio desde fines del siglo XX, encuentra su explicación en el marco de un gran fenómeno jurídico, de vasto alcance producido por una nueva relación entre estado- sociedad- derecho.

Provincias y municipios comparten en Argentina el ejercicio del poder de policía dentro del marco de sus respectivas competencias. Aunque no es ajeno al contexto internacional, el proceso de cambio de los municipios tiene características propias y aspectos negativos.

En la práctica los municipios argentinos (aún con anterioridad a la reforma constitucional que reconociera expresamente la autonomía municipal) proporcionan importantes antecedentes que se adecuan a las características señaladas.

Muestra de ello ha sido la introducción de la planeación estratégica, la programación económica local, el ejercicio del asociacionismo. Entre los modos mediante los cuales se está sistematizando este nuevo modelo de gestión se encuentra la figura del Estado relacional. La administración correspondiente a este modelo habrá de ser capaz de gestionar orientar o liderar redes de organizaciones tanto públicas como privadas, en una nueva dinámica relacional.

La nueva vinculación en los elementos gobierno-sociedad y estado- derecho- mercado es fundamental para el redimensionamiento del poder de policía municipal. Las potestades municipales se ejercen en el marco de la región y del estado federal, acorde con la actual concepción del federalismo de concertación que pone el énfasis en las funciones de gobierno.

4. RESIDUOS PELIGROSOS

4.1. ANTECEDENTES

La expresión “contaminar” tiene en relación al medio ambiente un significado genérico que consiste en alterar desfavorablemente corromper o viciar los elementos abióticos de la biosfera donde se desarrolla en su medio natural, los elementos bióticos (animales, vegetales y microorganismos), y, por lo tanto, donde vive el hombre en armonía con la naturaleza.

Los desechos, también llamados efluentes o efluvios son, como los residuos, aquello que queda de un todo después que se produce su descomposición, destrucción o transformación, y que se descarta o se abandona por su inutilidad luego de terminado el proceso. Ellos constituyen factores contaminantes del ambiente y resultan el efecto necesario del desarrollo sustentable y licito de la humanidad. -

Sin embargo, técnicamente puede diferenciarse un simple desecho de aquel residuo o producto de un proceso de industrialización, aunque uno y otro constituye un factor de polución del ambiente.

Los desechos o efluentes también denominados “residuos ordinarios”, por oposición a los “residuos especiales”, que se caracterizan por su toxicidad, son emanaciones de la actividad industrial que en virtud del proceso “emisión-inmisión” impregnan el medio ambiente desde que salen al exterior por chimeneas, canales o conductos que lo emiten o expelen.

Al hallarse en contacto con el mundo exterior, aquellos desechos, efluentes o efluvios impregnan con sus partículas los elementos abióticos de la biosfera, mezclándose con ellos y esparciéndolos por un amplio espacio, en el cual son desparramados afectando las especies animales y vegetales dentro de determinados ecosistemas.

Los residuos especiales, o sea aquellos tóxicos o peligrosos, resultan como elaboración no deseada, pero necesaria en el marco de ciertos procesos industriales. Ellos producen por sí mismos y directamente los efectos contaminantes, por ser desde su generación productos peligrosos, o sea susceptibles de dañar por su sola existencia o presencia en el ámbito conviviente de las especies, sin que necesiten ser alcanzados por el proceso “emisión-inmisión”. Por lo tanto, no requieren impregnar partículas en el medio ambiente para convertirse en contaminantes y expandir sus efectos nocivos a través de los elementos naturales de la biosfera.

Los residuos peligrosos son cosas materiales u objetos reales remanentes de la producción, que tienen existencia propia en el tiempo y en el espacio condicionantes de su causalidad física, y, por ello, su sola presencia en determinado lugar, son fuente de contaminación ambiental, al alterar peligrosamente la normalidad del entorno natural poniendo en grave riesgo la integridad y existencia de las especies.

De esto resulta que el régimen legal de prevención del daño en estos casos, está sujeto a normas distintas de las que requieren las emanaciones contaminantes liberadas al exterior por chimeneas o aberturas, si se trata de gases, o de tuberías o canales, si se trata de líquidos. En estos casos los establecimientos industriales deben proveerse de los medios o dispositivos especiales para evitar la polución ambiental bloqueando la liberación, emisión y expansión de efluentes si no han sido previamente depurados.

La Ley 24.051, a la cual nos referimos seguidamente contiene en su normativa los presupuestos mínimos de protección del ambiente, como lo establece el artículo 41 de la constitución reformada, al atribuir competencia legislativa en esta materia al Congreso de la Nación como órgano legislativo federal. En efecto en dicha ley cuya competencia debe extenderse a toda la República, se dictan normas de tutela ambiental en lo relativo a los residuos peligrosos. Toda su normativa está referida a la generación, manipulación, transporte, depósito, tratamiento y disposición final de los llamados “residuos peligrosos”, que son cosas o productos generados por la actividad industrial, los cuales tienen ubicación o localización en el espacio, como resulta del artículo 1° de dicha ley. Resulta claro que no todos los desechos industriales están regulados en dicha normativa, que se ocupa solamente de los residuos peligrosos, que son cosas distintas de las emanaciones, desechos y efluentes comunes, los cuales no tienen entidad como objetos susceptibles de ser generados, transportados, depositados y tratados en plantas especiales para la eliminación de sus propiedades nocivas o su disposición final.

Entre las leyes y Decretos nacionales que tienen relación con el problema ambiental encontramos las siguientes:

- a) Ley 13.577 de Obras Sanitarias de la Nación, modificada por la Ley 20.324, cuyo objetivo es la protección de los cursos de agua que sirven como fuente del suministro bajo su jurisdicción. Con motivo de esta ley se dictaron varios decretos: Dto.2125/78 que estableció una cuota de resarcimiento por la contaminación de los cursos de agua,

lo cual respondía al principio “contaminador-pagador”. -Dto. 674/89 que deroga el anterior y establece un sistema de límites permisibles y transitoriamente tolerados, que al cabo de diez años deben quedar unificados. -Dto.776/92, de control de la contaminación hídrica, además traspasa el poder de policía que antes competía con Obras Sanitarias de la Nación a la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano.

- b) Ley 19587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, reglamentada por Dto.351/79, que dispone sobre ventilación, carga térmica, iluminación, ruidos, vibraciones y radiaciones. También de la prevención de la contaminación ambiental: agentes físicos o químicos o biológicos, pero todo ello referido a las relaciones derivadas del contrato de trabajo.
- c) Ley 20.284 de Preservación de los Recursos del Aire, aún sin reglamentar.
- d) Ley 22.421 de Fauna Silvestre (donde se reprime la caza cuando sea furtiva, depredadora o efectuada con procedimientos prohibidos, etc.)
- e) Ley 22.428 de fomento de la conservación de suelos.
- f) Ley 22.907 memorándum de acuerdo con el “Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente” suscrito en Nairobi, Kenya el 24/5/83 (aprobación).
- g) Ley 23879 referida a la evaluación de las consecuencias ambientales que producen o podrían producir en territorio argentino las represas construidas o len construcción o planificadas.
- h) Ley 23922 “Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación” suscrito en Basilea, Suiza, el 22/3/89.
- i) Ley 24.040 que trata sobre las disposiciones a las que se ajustarán las sustancias controladas incluídas en el Anexo “A” del protocolo de Montreal (ratificado por la Ley 23778) relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono.
- j) Decreto 692/92, de la Secretaría de Transporte de M.E.O.S.P., referido al transporte de sustancias peligrosas.
- k) Con anterioridad a la sanción de la Ley 24.051, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 181/92, que prohíbe el transporte, la introducción, la importación definitiva o temporaria de residuos o desechos o desperdicios precedentes de otros países.
- l) **Ley 24.051**, Del examen de la legislación citada hasta ahora surge que en el ámbito nacional existía la necesidad de un cuerpo normativo que llenara el vacío legislativo provocado por la ausencia de un cuerpo legal que tratara específicamente la cuestión de los residuos peligrosos. A partir de la sanción de la Ley 24.051, este vacío ha sido cubierto, lo cual resulta un hecho trascendente y sin duda un avance en materia de

preservación ambiental. El Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto reglamentario del 23 de abril de 1993, bajo N° 831/93.

Le Ley de Residuos Peligrosos implicó un cambio sustancial de reglas de comportamiento para los sectores productivos y de algunos servicios que tendrá una indudable repercusión en la situación ambiental de la Argentina.

Nos detendremos en el análisis de la presente ley habida cuenta que será la aplicable en el caso concreto que más adelante analizaremos y que se relaciona directamente con dicha ley.

En el Artículo 1 de dicha ley advertimos que la aplicación de dicha ley se halla sujeta al cumplimiento de dos presupuestos: primero que se trate de residuos peligrosos y segundo que dichos residuos fueren generados o se encuentren en lugares sometidos a la jurisdicción nacional, o si se encuentran dentro de territorio provincial estén comprendidos dentro de las excepciones que luego comentaremos.

Sin embargo, no es estrictamente necesario la presencia del segundo de los presupuestos en los casos de excepción contenidos en dicha norma y en la aplicación de los regímenes de responsabilidad civil, pena de la propia L.R.P. que resultan de aplicación en todo el territorio del país por tratarse de normas de derechos común, integrativas de los Código Civil y Penal.

Respecto al **primer presupuesto** referido al concepto de residuo donde sostiene que *residuo es todo objeto, energía o sustancia sólida, líquida, o gaseosa, que resulta de la utilización, descomposición, transformación, tratamiento o destrucción de una materia y/o energía que carece de utilidad o valor para su dueño, y cuyo destino natural debería ser la eliminación, salvo que pudiere ser utilizada como insumo para un proceso industrial.*

Respecto a *Residuo Peligroso*, según la ley es en dos supuestos: 1) cuando pueda causar un daño, directa o indirectamente a seres vivos, y 2) cuando pueda contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

Daño a los seres vivos, en materia civil se ha considerado que existe daño “siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, o cuando se ocasione daño moral ³⁹.”

Se desprende de la definición transcrita que, en materia civil, para que exista daño, debe existir una persona dañada ya sea en sus bienes o en su personal.

En cambio, el concepto de daño en materia ambiental, tiene como queda reflejado en la norma que comentamos una dimensión distinta en función del bien jurídico protegido: se trata de la protección de la comunidad biótica, es decir, el conjunto de los seres vivos capaces de sobrevivir en un determinado ámbito físico.

³⁹ Belluscio-Zannoni, Código Civil comentado, T.II, p.688.

Así, la doctrina ha definido “daño ambiental” como “la vulneración actual o potencialmente esperable con un grado importante de certidumbre de un estado ambiental adecuado para la vida humana y su entorno, sin la exigencia directa de perjuicio acreditado en la salud de personas concretas”.⁴⁰

Como ejemplo recordamos el caso de las toninas comentado por Cano, quien sostuvo que la extinción de una especie animal “afecta el equilibrio ecológico de la humanidad entera. Morcillo lo define como la relación de interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos.

Entonces el “otro” a quien se causa daño en materia ambiental no es una persona determinada sino son todos los habitantes, los que tienen derecho a la preservación del medio ambiente.

En el segundo presupuesto, analizamos la problemática de su aplicación territorial, podemos inferir que es el siguiente: 1) establecimientos industriales ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o que ubicados en las provincias estuvieren comprendidos dentro de las excepciones que establece la ley, deberán cumplir con todas sus disposiciones, y en éste último caso, deberán cumplir, además con la normativa local: 2) aquellos que estuvieren ubicados en territorio provincial (no comprendidos en las excepciones) deberán cumplir con la legislación local (provincial o municipal)⁴¹ en lo referido al tratamiento o disposición de los residuos pero sus titulares se encontrarán sometidos a los regímenes de responsabilidad civil y penal de la Ley de Residuos Peligrosos.

4.2. LAS EXCEPCIONES - APLICACIÓN FEDERAL.

La Ley de Residuos Peligrosos resulta aplicable en territorios provinciales cuando los residuos peligrosos estuvieren destinados al transporte de una provincia a otra, o pudieren afectar a personas o al ambiente más allá de la frontera provincial, en que se hubiere generado, a criterio de la autoridad de aplicación. O cuando fuere aconsejable uniformar las medidas higiénicas o de seguridad en todo el país en razón de la repercusión económica sensible que tuvieren y ello a los fines de garantizar la efectiva competencia de las empresas que deban soportar las cargas.

La primera de las excepciones es objetiva: el simple transporte de una provincia a otra podrá provocar la aplicación de la ley in totum

Las restantes excepciones podríamos denominarlas subjetivas, pues dejan libradas al criterio de la autoridad de aplicación la extensión de la aplicación de la ley.

⁴⁰ Augusto M. Morello y Gabriel Stiglitz, Tutela Procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos.p.190. La ocurrencia de daño ambiental no requiere necesariamente daño a las personas concretas.

⁴¹ Siempre y cuando la provincia de que se trate no adhiere al régimen de L.R.P., en cuyo caso se aplicaría íntegramente.

La última de las excepciones merece especial atención, pues resulta objetable tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico.

En primer lugar, la norma resulta de dudosa constitucionalidad ya que la causa que sustentaría la intromisión de la autoridad de aplicación en jurisdicción provincial no resulta adecuada a nuestro sistema federal de gobierno, (arts. 1, 104 y Ccs de la Constitución Nacional)⁴²

En segundo lugar, desde el punto de vista fáctico, la aplicación de la Ley de Residuos Peligrosos tendrá repercusión económica en la mayor parte de los establecimientos ubicados en jurisdicción nacional. La cuestión a dilucidar es el grado de repercusión económica que debe tener para autorizar su extensión a todo el territorio nacional. La ley habla de repercusión “sensible”, y surge el interrogante de que parámetros definirán aquélla; si queda librado a la autoridad de aplicación podrá transformarse en una fuente de conflictos de competencias no sólo con los titulares de los establecimientos sino con los propios Estados Provinciales.

La normativa prevé la creación de un registro de generadores y operadores de residuos peligrosos y establece la obligación de inscribirse en el registro, obtener un certificado de habilitación y presentar una declaración jurada anual. Los generadores de residuos peligrosos deben abonar una tasa cuyo importe es creciente en función de la cantidad y peligrosidad de los residuos generados (y de la cantidad de insumos y materias primas utilizadas) y decreciente en función de la cantidad y peligrosidad de los residuos producidos y utilizados en otros procesos. Por otra parte, la ley incluye sanciones penales además de la responsabilidad civil y las sanciones económicas (multas) por incumplimiento.

Un análisis de la Ley 24.051, de residuos peligrosos, sugiere que la misma enfrentó numerosos problemas de implementación, en buena medida en vista de los problemas antes citados en cuanto a la competencia de diversos niveles de gobierno en distintas jurisdicciones y la debilidad institucional de las autoridades encargadas del control. Pero además la falta de financiamiento tanto del organismo nacional competente como en los provinciales, ha redundado en un bajo *enforcement* y escasa implementación de los mecanismos de información (que no están actualizados, en algunas provincias ni siquiera se ha creado el registro de generadores y transportistas de residuos peligrosos).

Resulta interesante analizar la atribución de responsabilidad civil, complementaria de la dispuesta en el Código Civil, respecto a los daños ocasionados por los residuos peligrosos.

Sus prescripciones no son estrictamente ambientales, pues el bien jurídico protegido serían las personas y sus bienes en particular, sin considerar la responsabilidad por el daño al medio ambiente, es decir, a una categoría de los intereses difusos.

⁴² en tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “los poderes nacionales no pueden válidamente ensanchar, bajo pretexto alguno, la esfera limitada que la Constitución les ha trazado; no puede por interpretación hacerse lo que no podría hacerse por disposición expresa de la ley (Fallos, t.147, p.239; t.239, p.343)

Los artículos 45 y 47 de la Ley de Residuos Peligrosos, establece – el primero de ellos, la presunción iuris tantum de que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del art. 1113 segunda parte. En el segundo párrafo del art. 1113 encontramos dos supuestos diferenciados: daños producidos con las cosas y daños producidos por el riesgo o vicio de las cosas. Sin duda en la L.R.P. al mencionar el calificativo de *riesgosa*, enmarca la cuestión en este último supuesto, pero introduciendo una exigencia mayor para la exoneración de responsabilidad de dueño o guardián.

El artículo 45, introduce una variante no conocida hasta el momento, que consiste en el hecho de atribuir mediante una norma legal la calidad de *cosa riesgosa* a un determinado objeto: el residuo peligroso. Se aparta así de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 1113, del C. Civil, no habla de *cosas riesgosas*, sino de *riesgo* de la cosa. En abstracto, solo ciertas cosas son riesgosas, en concreto pueden serlo todas.

En segundo lugar, la presunción legal también resulta objetable, pues antes de la producción del daño no tendría sentido alguno la demostración de que el residuo de que se trate no constituye una cosa riesgosa; y después de la producción del daño, su sola existencia sería una demostración cabal de que estamos en presencia de una cosa riesgosa, “en una petición de principio que dé por probado lo que debió comenzar por probarse”.

Bien ha sostenido la doctrina que el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, consagra en nuestro derecho positivo la responsabilidad objetiva: la noción de culpa queda atrás al establecer la presunción de causalidad y los eximentes contemplados importan la ruptura del nexo causal.⁴³

4.3. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD.

En el ámbito de la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, sus requisitos son los siguientes:

- a) autoría humana con respecto al efecto de una cierta cosa que no es dable calificar como hecho del hombre o acto.
- b) El daño sufrido por el demandante, pretensor de la indemnización.
- c) La relación de causalidad entre el efecto de la cosa y el daño de que se queja el demandante.
- d) La calidad de dueño o guardián de la cosa en el demandado ⁴⁴.

En cuanto a la prueba del daño, al actor le incumbe acreditar los requisitos mencionados en b, c y d. Es al demandado interesado en alejar de si la obligación de resarcir al damnificado a quien le toca aportar la prueba de que un extraño ha sido, en verdad, el autor del hecho, con

⁴³ Alterini Atilio, Responsabilidad por daños, tII, p.99. Alterini Atilio, Curso, Vol.2 p.422.

⁴⁴ para la L.R.P. el dueño del residuo es el generador (art.22) y los guardianes pueden ser indistintamente el transportista (art.31) y los titulares de las plantas de tratamiento o disposición final (art.44)

lo cual rompe la relación causal que estimaba existente entre la cosa que estaba bajo su dominio o guarda y el daño del accionante.

Con relación a la prueba a cargo del demandado, el Art. 47 de la L.R.P., contiene una nueva exigencia cual es la demostración que de su parte se empleó el debido cuidado y atendió todas las circunstancias del caso con el objeto de evitar la acción del extraño.

Sin duda, la L.R.P., se aparta de los términos del art. 1113, introduciendo una exigencia que, en nuestra opinión cierra toda posibilidad de exoneración de responsabilidad del generador del residuos, y según el art. 48 la responsabilidad del generador no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de residuos peligrosos, realizados en las plantas de tratamiento, el cuadro resultante será que su dueño (generador) nunca podrá en los hechos eximirse de responsabilidad.

Esta norma se encuentra en contradicción con la anterior, pues aun probando el dueño que empleó las diligencias necesarias para evitar la acción de terceros entregando sus residuos a una planta de tratamiento o disposición final debidamente habilitadas a través de un transportista de residuos peligrosos debidamente inscrito y autorizado, su responsabilidad no desaparecerá.

Por último, en el artículo 48 del decreto reglamentario se introduce una obligación de carácter administrativo para los generadores: suministrar información “valiosa” a la autoridad de aplicación y al responsable de la planta sobre sus residuos, calificativo que resulta impreciso.

4.4. INOPONIBILIDAD DE LA TRANSFERENCIA O ABANDONO DE LOS RESIDUOS.

El dueño del residuo es el generador y nunca dejará de serlo aun cuando pueda transmitirlo o abandonarlo voluntariamente (arts. 22 y 46 L.R.P.).⁴⁵

Su responsabilidad se extiende desde su generación y hasta su extinción no bastando su entrega a una planta de tratamiento.

Con ello la Ley de Residuos Peligrosos introduce una innovación en el régimen del Código Civil: como el dueño del residuo peligroso es siempre el generador, su dominio no es susceptible de transferencia alguna.

⁴⁵ De acuerdo con el art. 2607 del Código Civil, el derecho de propiedad se pierde con el abandono de la cosa, pero ello no lo eximiría de responsabilidad en el supuesto de haber abandonado una cosa susceptible de producir daños, incurriendo en culpa y pudiendo responder por ellos.

5. LEY NACIONAL DEL AMBIENTE.

5.1. ASPECTOS RELEVANTES ⁴⁶

El Congreso Nacional, siguiendo la manda constitucional que establece los “presupuestos mínimos de protección ambiental en todo el territorio de la Nación”, sancionó la Ley Nacional N°25.675, conocida como “Ley General del Ambiente” (B.O. 22/11/02).

Podemos decir que es la ley marco en materia ambiental en nuestro país, el “techo mínimo” a partir de la cual las provincias pueden exigir mayores estándares de protección ambiental, no menos.

De un somero análisis de esta legislación nacional se destacan la consagración de los principios “precautorio”, “cooperación”, de “solidaridad entre Nación y Provincias”, “de equidad intergeneracional”, de “sustentabilidad”, los cuales por su especificidad serán motivo de otro análisis, en concordancia con los principios ambientales que han consagrado diversas organizaciones internacionales y países desarrollados, que consideran la temática ambiental como uno de los grandes asuntos del siglo XXI, a ser afrontado y tenido en cuenta tanto por los estados como de la población en general y el sector empresario.

5.1.1. Grandes lineamientos de la ley

Haciendo repaso de sus aspectos más relevantes, vemos que el Art. 3 estipula que las disposiciones son de “orden público”, “operativas”. No obstante, esta disposición, habrá institutos de la ley que necesariamente deberán estar reglamentados, como por ejemplo el Fondo de Compensación Ambiental que se prevé crear, el cual tendrá como objetivo principal la atención de emergencias ambientales y la protección del ambiente en general.

Se destaca por ser innovativo en lo que hace a gestión gubernamental, su Art. 5, el cual reza que “los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en esta ley”.

Es decir, se introduce la “variable ambiental”, en las decisiones de gobierno más significativas, como por ejemplo políticas de vivienda, licitaciones, empréstitos y de todas aquellas actividades estatales que pudieran afectar o producir una alteración significativa en la calidad de vida de la población.

Otro de sus preceptos contempla que “la aplicación de esta ley corresponde a los Tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas (Art.7). Como vemos, necesariamente será una nueva legislación a tener en cuenta y aplicar por parte de todos los operadores jurídicos de esta provincial.

⁴⁶ Andrés Tissera. Mag.en Derecho Ambiental.

5.1.2. El Estudio de Impacto Ambiental

La gran importancia que tiene la consagración normativa de la herramienta de previsión y gestión ambiental más relevante que se conoce a nivel mundial (y que se venía aplicando en la Argentina a través de distintos regímenes legales que la contemplaban en forma autónoma): hablamos del proceso técnico-jurídico de Estudio de Impacto Ambiental (E.I.A).

Nuestra Ley marco lo regulo como un análisis previo de no sólo los impactos “ecológicos” de una obra o actividad pública o privada, sino que lo recepta en una forma amplia, multidisciplinaria, extendiéndolo a todas aquellas alteraciones sociales, económicas o culturales que puedan causar una afectación en la calidad de vida de la población, en forma significativa.

Entonces, no sólo para este tipo de proyectos u obras requerirá a personas físicas o jurídicas (estatales o privadas) un E.I.A., sino también la “licencia o autorización ambiental” previa a la ejecución o comienzo de obras o actividades (acto administrativo que es posterior al E.I.A.).

5.1.3. Educación, Acceso a Información y Participación Ciudadana

Merece destacarse que la Ley Nacional prevé la “educación ambiental” en todo el país, la cual será coordinada entre el Consejo Federal de Medio Ambiente y los organismos de cultura, educación y ambiente de cada provincial.

El acceso a la “información ambiental” abarca no sólo a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, quienes deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan (Art. 16).

Con la sanción de esta ley, los argentinos conoceremos cuál es el estado ambiental del país, en sus aspectos ecológicos, económicos, sociales y culturales, año por año, ya que el P.E.N., queda obligado a través de sus organismos competentes (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación) presentar un informe al Congreso de la Nación (Art. 18).

En lo atinente a “participación ciudadana”, ahora “todo ciudadano tiene derecho a ser consultado y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general (Art. 19).

A diferencia de la normativa provincial, esta ley fija como obligatorio el llamado a Audiencia Pública, para aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el medio ambiente (Art. 20).

Si bien la mayoría de estos principios ya estaban consagrados en diversas normas nacionales y provinciales en materia ambiental, la Ley 25.675, viene a despejar cualquier tipo de dudas que hubiese quedado al respecto, brindando mayor certeza, uniformidad, y seguridad jurídica

a nivel nacional en este t3pico, ya que a diferencia de otros reg3menes en nuestro pa3s todav3a no contamos con un “C3digo de Derecho Ambiental”.

5.1.4. Da3o Ambiental Colectivo

En lo referente a da3o colectivo, la Ley General de Ambiente tiene como aspecto relevante “que se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del da3o ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas (Art. 29).

Consagra como regla la responsabilidad objetiva, buscando la recomposici3n o restauraci3n de la contaminaci3n en los casos de ser viable, dejando subsidiariamente el pago de una indemnizaci3n pecuniaria que pasa a integrar un fondo de compensaci3n.

Quedan legitimados para accionar en casos de da3o ambiental colectivo, “el afectado, el Defensor del Pueblo y las Asociaciones No Gubernamentales, como asimismo la persona directamente damnificada por el hecho da3oso acaecido en su jurisdicci3n. (Art. 30).

Es decir, se ampl3a la legitimaci3n activa para accionar en materia ambiental, en concordancia con el precepto constitucional que se3ala que “todos los habitantes est3n obligados a preservar el ambiente “(Art. 41 C.N.), todo lo cual provocar3 importantes cambios en materia de Amparos, Medidas Autosatisfactivas y acciones por da3os ambientales.

6. NORMATIVA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

La Constituci3n Provincial cuya modificaci3n fue sancionada el 3 de junio de 1988, en la Secci3n S3ptima habla de Pol3tica Ecol3gica, -Defensa del Medio Ambiente y en su art3culo 84 establece: “*Todos los habitantes tienen el derecho a gozar de un medio ambiente sano, libre de factores nocivos para la salud y el deber de preservarlo y defenderlo. Con este fin, el Estado:*

- 1- Previene y controla la contaminaci3n del aire, agua y suelo, manteniendo el equilibrio ecol3gico.*
- 2- Conserva la flora, la fauna y el patrimonio paisaj3stico.*
- 3- Protege la subsistencia de las especies aut3ctonas: legisla sobre el comercio, introducci3n y liberaci3n de especies ex3ticas que puedan poner en peligro la producci3n agropecuaria o los ecosistemas naturales*
- 4- Para grandes emprendimientos que potencialmente puedan alterar el ambiente, exige estudios previos del impacto ambiental.*
- 5- Reglamenta la producci3n, liberaci3n y ampliaci3n de los productos de la biotecnolog3a, ingenier3a nuclear y agroqu3mica y de los productos nocivos para asegurar su uso racional.*

6- *Establece programas de difusión y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza.*

7- *Gestiona convenios con las provincias y con la Nación para asegurar el cumplimiento de los principios enumerados.*

La Constitución Provincial, reconoce la defensa de los intereses colectivos o difusos, a través de la ley N°2779, rompiendo así con las reglas tradicionales en materia de derecho procesal.

Nuestra Constitución habla expresamente del poder de policía ambiental y reivindica su naturaleza local.

Asimismo, la Ley Provincial N°2581 “Cruz Verde Rionegrina”, dio lugar a la creación del Consejo de Ecología y Medio Ambiente de la Provincia, en su art. 4 auspicia la creación de comisiones similares en los municipios, presidida por cada intendente o quien este designe.

La Ley N°2779 del año 1994, establece el procedimiento del amparo de los intereses difusos y/o derechos colectivos.

Asimismo, establece la acción de prevención, la acción de reparación en especie y la acción de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad. El artículo 8 establece que están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la presente ley, la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los Municipios y las Comunas, entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier entidad o particular, que accione en nombre del interés colectivo.

En el artículo 13 establece que: *“Los sujetos responsables solo podrán repeler las acciones previstas en la presente ley, cuando acrediten que el daño o la amenaza al interés colectivo es consecuencia del hecho de un tercero por el que no deben responder, de la culpa grave de la víctima o de un caso fortuito o de fuerza mayor que sean extraños a las cosas o actividades por los que se les atribuye el menoscabo. La responsabilidad de los sujetos indicados en el artículo 12 (sujetos pasivos) no quedará exonerada por la circunstancia de mediar autorización administrativa para el ejercicio de la actividad o el empleo de las cosas que generen la privación, perturbación o amenaza de los intereses colectivos.*

En la Ley N°3250 se regulan las etapas de gestión de los residuos especiales en salvaguarda del patrimonio ambiental provincial y tiene normas similares a la Ley Nacional N°24.051, en lo que hace a registro de generadores, transportistas y de las plantas de tratamiento y disposición final. En el capítulo de las Responsabilidades impone similar criterio que la Ley N°24.051, en los artículos 36, 37, 38 y 39 y así establece:

Artículo 36: Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo especial es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil.

Artículo 37: En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos especiales.

Artículo 38: El dueño o guardián de un residuo especial no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.

*Artículo 39; La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos especiales no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución, o tratamiento de éstos, 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 de disposición final.*

Con lo cual podemos observar que la normativa provincial tiene una clara excepción allí donde la ley nacional establece muy claramente que nunca el generador en los hechos podrá eximirse de responsabilidad, aún cuando el daño se refiera a la mayor peligrosidad del residuo tratado en la planta de tratamiento. Porque nunca desaparece la responsabilidad del generador –en la norma nacional- aún cuando pruebe que empleó las diligencias necesarias para evitar la acción de los terceros, entregando los residuos a una planta de tratamiento autorizada y a través de transportista de residuos peligrosos debidamente inscripto, SU RESPONSABILIDAD NO DESAPARECERÁ.

La Ley 3279, en su artículo 13 donde se establece la responsabilidad se contrapone con la Ley N°3250 y la Ley Nacional N°24.051, donde establece las eximentes de responsabilidad del artículo 1113, 2ª. Parte del Código Civil, que por supuesto no es tenida en cuenta en la Ley de Residuos Peligrosos N°24.051, como hemos afirmado precedentemente

Asimismo, como parte de la normativa provincial importante hay que señalar la Ley N° 3266 que regula el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental para el resguardo de los recursos naturales dentro de un esquema de desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.

7. NORMATIVA MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE CINCO SALTOS

7.1. CARTA ORGANICA MUNICIPAL

La Carta Orgánica Municipal en el Título I, Capítulo 2º, Funciones y competencias municipales, establece en:

Inc. 9. Reglamentar, asegurando el derecho de todos los habitantes, a participar de un medio ambiente sano agradable física y moralmente.

Inc.10. Eliminar la contaminación ambiental del suelo, subsuelo y de las aguas dentro del municipio

Inc.24. Cuidar el patrimonio histórico, edilicio, las bellezas naturales y la conservación de las especies autóctonas de la flora y fauna.

Inc.27. Promover y proteger el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de la sociedad, y el deber de conservarlo, siendo la tierra, el agua y el aire, patrimonio común del municipio. Sin perjuicio de lo dispuesto por la Constitución Provincial, las autoridades dictarán las normativas necesarias para evitar la polución de los tres recursos, protegiendo el entorno ecológico, preservando la expresión paisajista y explotando racionalmente los recursos naturales.

7.2. OTRAS NORMAS MUNICIPALES

Asimismo, debe señalarse como muy importante un instrumento imprescindible para el diseño de políticas del medio ambiente son las Cartas Ambientales, que en la actualidad sólo dos municipios de Río Negro la poseen Cinco Saltos y San Carlos de Bariloche, realizadas de consuno con el Departamento de Geografía de la Universidad Nacional del Comahue y es un instrumento clave para el desarrollo integral de cualquier comunidad. Asimismo, en el Municipio de Cinco Saltos, ya se ha presentado un proyecto para la actualización de la misma debido a que la existente se remonta al año 1989 y desde aquel tiempo han existido transformaciones que deben ser tenidas en cuenta en una herramienta actual y real.

Debemos señalar que la Municipalidad de Cinco Saltos, posee ordenanzas generales que establecen algunas normativas, relacionadas con el tema ambiental, pero son normas desarticuladas e insuficientes para cubrir la problemática ambiental.

7.3. CASO TESTIGO: EL CASO DE LA PLANTA FABRIL IMEXTRADE S.A. –EX INDUPA DE LA CIUDAD DE CINCO SALTOS

7.3.1. Algunas Consideraciones Acerca de la Empresa⁴⁷

7.3.1.1. La empresa en Cinco Saltos

La Empresa INDUPA S.A. (Industrias Patagónicas S.A.) nace a partir de la firma del Decreto de Promoción Industrial firmado durante la segunda presidencia de Juan Domingo Perón y se instala en la ciudad de Cinco Saltos, durante la década de 1940, a orillas del Canal Principal de Riego del Alto Valle y al pie de la zona de bardas, con la finalidad de proveer a la región y al resto del país de productos para ser destinados al control de plagas, como lo son los insecticidas y fungicidas.

Según figuraba en las razones expuestas y directivas del Poder Ejecutivo Nacional, tal instalación se debía fundamentalmente a:

⁴⁷ Datos extraídos de los Terminos de Referencia para la realización de una auditoria destinada a la evaluacion del plan de normalizacion ambiental y su cumplimiento en la planta fabril Imextrade S.A. -ex Indupa- en la ciudad de Cinco Saltos

- la descongestión fabril en las cercanías o alrededor de los grandes centros urbanos
- la situación estratégica del sector propuesto para la recepción de gran cantidad de insumos y materiales que requeriría dicha fábrica para la elaboración de sus productos,
- la posibilidad de generar un nuevo tipo de movimiento económico y social en una zona eminentemente rural, alentando de esa manera las posibilidades de extracción de recursos naturales, de aumentar la ocupación de mano de obra en tareas intensivas y la de generar un mayor consumo de energía hidroeléctrica,
- y finalmente, la de atender las necesidades de una zona cuya producción requería de productos destinados a la sanidad vegetal.

Es indudable que la planta industrial no se circunscribió, si se considera el tamaño de la misma, la tecnología empleada en esa época y el volumen que se esperaba producir, a la comercialización de sus mercancías en la región en la que estaba inserta, muy por el contrario, a dos escasos años de su puesta en funcionamiento ya satisfacía el 50% del total de las necesidades del país, logrando de esa manera una importante transformación del mercado y como consecuencia el de ello, un sugestivo ahorro nacional en divisas, debido a la sustitución de importaciones de tales productos y a la apropiación de excedentes dentro del territorio nacional.

Es así como desde sus inicios se dedicó a la producción del “H.C.H.” hexaclorocicloexano, que si bien su origen se debe a la obtención realizada por Faraday en 1825, no tuvo repercusión en la industria química hasta la segunda guerra mundial, luego que se descubriera, en Francia, las reacciones más benignas que ocasionaba en compuestos orgánicos⁴⁸, fijando su composición molecular en C₆-H₆-Cl₆ –allí su denominación de “666” y logrando, de esa manera, que en el mercado internacional se comenzara a dejar, en forma paulatina, de aplicar en el campo, el “D.D.T.” (dicloro-difenil-tricloro-etano) y todos aquellos otros compuestos químicos de naturaleza similar que resultaban altamente dañinos.

Pronto se uso se extendió a los lugares más apartados del planeta creyéndose que su aplicación era la panacea, ya que las cualidades “superiores” ampliamente reconocidas por los técnicos y los agricultores que utilizaron dicho producto, hablaban de un índice de efectividad superior a costos más bajos.

Tales son los requerimientos del mercado consumidor que INDUPA para el año 1953 informó públicamente, que hallándose en condiciones técnicas y con holgura en llegar a cifras mayores –según sus propias afirmaciones-, haber producido un volumen, que discriminado por producto, alcanzaba las siguientes cifras:

⁴⁸ Se debe recordar que tales reacciones “benignas” sólo se compararon con el DDT y otros compuestos químicos de naturaleza similar utilizados en la agricultura como insecticidas.

- 5000 Ton de soda cáustica (sólida, escamas y líquida)
- 4000 Ton de cloro
- 3000 Ton de ácido clorhídrico
- 3000 Ton de hipoclorito de sodio, y
- 4000 Ton de langosticidas, con marcas propias “Hexagua” y “Hexabaño”

Pero, en los años siguientes, los cambios producidos a nivel mundial en cuanto a la aparición de nuevos productos y las prohibiciones impuestas por el mercado internacional, llevó a la fábrica a la situación que se vivenció a partir de la década del 60 y hasta el último tramo de su funcionamiento en la localidad de Cinco Saltos con respecto a la fabricación de productos y la reinversión de sus excedentes económicos. En aquellos años (1961) y como corolario de lo mencionado, inicia la producción de PVC.

Ante las perspectivas de un mercado que se expande en forma agresiva, la empresa comienza a remitir sus fondos y destinar todas sus capacidades para poner en funcionamiento (1986) otra planta en la Provincia de Buenos Aires. De esa manera y en forma vertiginosa en 1990 cesa en la producción de hidróxido de sodio, 1992 desactiva la planta de cloruro de calcio, en 1995 cesa la producción de acetileno y cloruro de vinilo. En ese mismo año e impulsadas por una norma del gobierno nacional de turno, la DOW CHEMICAL e YPF adquieren por licitación la mayoría del paquete accionario.

En 1996, cesa la producción de Cloro, Hidróxido de Sodio en perlas, Cloruro de Hidrogeno e Hipoclorito de Sodio. El Grupo Solvay adquiere 51% de las acciones de INDUPA Bahía Blanca y forma SOLVAY INDUPA S.A., de la cual se desprende IMEXTRADE S.A., empresa que aparenta ser un nuevo grupo inversor con la clara finalidad de “normalizar” el pasivo ambiental dejado por INDUPA S.A. Adquiere el 100% las acciones de la fábrica instalada en Cinco Saltos, aunque con ello y de acuerdo a la Constitución aprobada en 1994 y la legislación vigente no puede desligar a INDUPA S.A. de las responsabilidades que le caben como empresa que ocasionó el pasivo ambiental que aún permanece en Cinco Saltos.

En 1997 produce solamente PVC con insumos provistos desde Bahía Blanca. Y, en Julio del 2000 cesa su producción.

Como resultado de lo explicado, durante todo el período de funcionamiento en Cinco Saltos, INDUPA S.A. fue volcando al medio ambiente zonal los efluentes provenientes de los residuos resultantes de su producción y del acopio de materias, insumos y otros productos peligrosos, como así también, dejó en el precio de la “isla” y áreas adyacentes un conjunto de instalaciones, de las cuales se desconoce, con certeza, el grado actual de contaminación.

7.3.1.2. La Empresa SOLVAY INDUPA S.A. en la actualidad

Mediante un importante proceso de ampliación y consolidación empresarial, Solvay Indupa S.A. se convirtió en el productor de Soda Cáustica (SC), Monómero Vinílico (CVM) y PVC más importante del MERCOSUR. Cuenta con Plantas en el Polo Petroquímico de Bahía Blanca (Argentina) y Santo André de San Pablo (Brasil). Sus productos los vende además del MERCOSUR ampliado (Chile y Bolivia), en Sudáfrica.

Nació con INDUPA, Industrias Patagónicas en Río Negro en 1948 y en 1986 inicia actividades en el Polo de Bahía Blanca.

Luego de un proceso de Concurso de Acreedores y Estatización entre 1993/95 es privatizada y pasa a mano de los grupos YPF, Itochu y Dow. En 1996 compra el 51% del paquete accionario el Grupo Solvay, empresa belga y uno de los mayores productores de PVC a nivel mundial. La gerencia ha manifestado que no es intención de Solvay retirar a la empresa de cotización de la Bolsa de Buenos Aires.

A comienzos de 1998 integró las operaciones comunes de PVC, VCM y SC que Solvay poseía en Brasil.

7.3.1.2.a. Controlante

Solvay Indupa es una subsidiaria del Grupo Solvay, importante compañía mundial en las industrias químicas, farmacéuticas, plásticos y procesos.

Empleaba a fin de 1999: 32.834 personas, un 4% en el MercoSur, y sus ventas totalizaron en 1999 los M-Eur 7.869, un 6% en el MercoSur, el 27% en el Nafta y el 61% en Europa.

Es uno de los líderes mundiales en la producción de PVC y PEAD (Polietileno de Alta Densidad). Es el 4to productor mundial de PVC y 2do europeo, con 5 plantas en Europa, dos en América y dos en Asia, incluyendo China y posee la 2da posición en ventas en Europa y 4to en el mundo. Posee 5 plantas de Soda Cáustica en el mundo, y se posicionó 1ro en ventas en Europa y 2do en el mundo en 1999. Su facturación anual fue de MU\$ 9.000 en 1999.

7.3.1.2.b. Negocio

El consumo de PVC está muy ligado al desarrollo. Durante 1999 la demanda mundial de PVC fue de 24,9 millones de toneladas. Asia Pacífico es la mayor región demandante, con un 35,5%, luego América del Norte con el 27,8%, Europa Occidental con el 22,9%. Por otro lado, Medio Oriente y África demandan el 5,9%, América del Sur el 4,7% y Europa Oriental el 3,2%. Medido en base al consumo per cápita, en América del Norte se consume 16,8kg/a, en Europa Occidental 14,6kg/a y en América del Sur 3,9kg/a.

Por otro lado, entre 4 productores concentran el 30% de la producción mundial, siendo precisamente el grupo Solvay el 4to con el 6,3%, y con un 23% de su capacidad productiva en América del Sur y sin capacidades de producción en América del Norte.

Siendo la capacidad mundial de 30500 KTn y la demanda de 24900 Ktn, vemos que había a fines del '99 un excedente de capacidad del 18%. Esta situación no afecta a los precios mayormente, pero durante 1996/1997 la relación de capacidad/demanda era más alta, la crisis asiática del '98 marcó un punto de excedente muy alto y originó una fuerte caída de precios. Se espera que el aumento de la demanda agregada contribuya a sostener los precios. El fuerte cuestionamiento ambiental en Europa Occidental es otro factor a tener en cuenta.

En el MERCOSUR, la demanda anual para el 2000 de PVC Suspensión se estima en 910 KTn, con un 68% en Brasil y un 16% en Argentina y Solvay Indupa controlaría el 33% del mercado. **** tendría una capacidad para abastecer el 50% de la demanda???? **** Con 210 KTN de capacidad en Argentina, tendría una capacidad de una vez y media la demanda local, mientras que en Brasil la capacidad cubriría el 38% de la demanda. Esto, junto con el déficit de producción de CMV en Brasil para las necesidades de la producción del PVC marca claramente que el negocio de Solvay Indupa es Brasil, y que los siguientes son puntos críticos a tener en cuenta:

1. Volatilidad de precios: Los precios continuamente oscilan en ondas muy amplias y muy prolongadas en el tiempo. Los precios de referencia son los FOB de la costa del golfo en México y EEUU. A esos precios hay que agregarles los gastos y derechos para el ingreso al país, los que actúan como una protección adicional de las industrias locales. Los precios de la Soda muchas veces presentan una tendencia inversa a los precios del PVC. Esto convierte a Solvay Indupa en una empresa de Resultados cíclicos, con años de muy buenas ganancias y otros de pérdidas, sumados darían una rentabilidad razonable en el largo plazo. En Brasil cuenta desde hace tiempo con una protección de precios, mientras que en Argentina fue muy afectada por importaciones a precios de dumping, pero ahora -tarde pues los precios se recuperaron- cuenta también con una protección por tres años.
2. Estrategia: La volatilidad de los precios afecta no solo a los proveedores como Indupa, sino también a los clientes, pues indirectamente agregan volatilidad a sus costos y por extensión a su situación financiera, agregan complejidad y en muchos casos requiere el uso de herramientas para el manejo del riesgo financiero. Muchos clientes concretan en el mercado spot solo una porción de sus compras y establecen contratos a término ajustados por el precio spot del producto o una materia prima, afectando al proveedor solo en precios, pero no en volúmenes. La clave en el sector químico parece concentrarse en el costo total para el cliente, más que en el precio del producto. El acercamiento al cliente, el trabajar juntos y el énfasis en la calidad son puntos muy importantes. Esta es la estrategia que usa Solvay Indupa.

7.3.1.2.c. Capacidad de Producción, Proceso de Expansión:

Solvay Indupa ha invertido en su proceso de expansión más de \$M 270:

- \$M 66 en la ampliación de las Unidades de Electrólisis (SC y CVM) en Bahía Blanca, este proyecto se hizo factible una vez que pudieron asegurar la disponibilidad de etileno. Esta ampliación tuvo como cometido abastecer una creciente demanda en Argentina de SC y derivados clorados y satisfacer la demanda creciente de CVM para la Planta de Brasil. Posteriormente le permitió expandir la producción de PVC.
- M\$ 55.3 en la ampliación de la Unidad

7.3.1. El Municipio y su actuación en el caso Indupa

En la primera semana del mes de febrero del año 2006, personal del área de Coordinación de Inspección General de la Municipalidad, encuentra un camión transportando carbón activado con cloruro de mercurio con destino a ser depositados en inmediaciones del “relleno de seguridad” que posee la empresa en el sector bardas ya que según la empresa poseía una aprobación del CODEMA para realizar dichas tareas (Res 74/05 del CODEMA).

Denunciado el hecho al CODEMA, se hacen presente en la localidad representantes de este Ente como así también técnicos de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de Nación, comenzando así una serie de inspecciones a la planta de la empresa Imextrade SA (ex Indupa) y actuaciones para dar solución a las 180 Tn de carbón activado con cloruro de mercurio, que de acuerdo al Plan de Normalización Ambiental presentado por la empresa Indupa y aprobado por la SMAyDS de Nación, era la única acción faltante para dar finalización al mismo.

Paralelamente se realiza asamblea popular, convocada por el Consejo de Seguridad, conformando una comisión de vecinos para el medio ambiente, con el objeto de realizar una observación externa de todo el proceso que se llevaría a cabo.

El 21 de febrero del 2006 se realiza una reunión, donde participan representantes del CODEMA, Técnicos de SMAyDS, responsables de la empresa Imextrade SA, Concejales y técnicos del Municipio y vecinos autoconvocados, donde se decide que se debe realizar una auditoría del Plan de Normalización Ambiental como así también de otros sectores no incorporados en este plan y que fueron denunciados por ex indupanos y pobladores de la localidad.

Asimismo, el día 22 de febrero del 2006 se toman muestras en conjunto con el CODEMA y SMAyDS para cotejar protocolos de análisis de lixiviados presentados por la empresa y se hace un Acta donde se le solicita a la misma un nuevo método de tratamiento de las aproximadamente 180 Tn de carbón activado con cloruro de mercurio.

Mediante Resolución 052/06 de CODEMA (20/03/06), se aprueba el traslado del material hacia la planta de tratamiento ubicada en la localidad de Tortuguitas y con disposición final en la localidad de Bahía Blanca. Todo este procedimiento realizado por la empresa Desler SA, a la que la provincia autoriza como así también a las empresas transportistas Deltacom SA, El Barrero Ecológico, Transporte Marino SA y Transporte Silva SA. Asimismo la entrada de este residuo a la provincia de Buenos Aires, es aprobada por la Secretaría de Desarrollo Sustentable de la provincia de Buenos Aires mediante Resolución 0001 (14/03/06).

El 21 de marzo del 2006 se inicia el transporte del carbón activado con cloruro de mercurio hacia Buenos Aires, terminando dicha tarea el 17 de abril del corriente año, con una participación activa por parte del Municipio, el cual con anterioridad a la constatación del camión en febrero nunca había participado en las cuestiones ambientales.

El día 19 de abril del mismo año se aprueba la Resolución 389/06 de la Municipalidad de Cinco Saltos, donde: Se ratifica la realización de la auditoría ambiental; se ratifica la suspensión de todo enterramiento de residuos por parte de la empresa; evaluar, determinar y aprobar los términos de referencia y los profesionales; se designa a los profesionales Julio Anguita e Isabel de Caso para evaluar y elaborar los Términos de Referencia para la auditoría; se reconoce a la Comisión de Vecinos para la Defensa del Ambiente; e Iniciar estudios tendientes a investigar producción/enfermedades de ex indupanos.

El municipio efectuó un seguimiento de las distintas actividades que se han realizado en la planta en conjunto con personal del CODEMA, no sólo de el transporte del material hacia Buenos Aires, sino de todas las demás acciones que debió realizar la empresa, como por ejemplo realizar tratamiento de piletas de oxidación, limpieza de cañerías, acondicionar sector de relleno de seguridad, etc.

Cabe aclarar que tanto el CODEMA como la SMAyDS realizaron inspecciones con anterioridad al año 2006 muy esporádicas dejando a la empresa llevar adelante un Plan de Normalización Ambiental sin un control exhaustivo y con controles parciales presentados por la empresa.

Los licenciados contratados han realizado los términos de referencia, trabajando en los barrios, dando como resultado un trabajo muy importante y rico, agregando muchos puntos a los términos de referencia que nación y provincia habían entregado como propuesta el 20/04/06. Dichos términos de referencia ya han sido elevados nuevamente a las autoridades provinciales y nacionales para dar una finalización a los mismos y continuar con los trabajos de contratación de los técnicos que llevarán a cabo la auditoría.

Una AUDITORÍA MEDIOAMBIENTAL es un proceso de revisión o evaluación periódica y sistemática de aquellas acciones realizadas por las empresas que pueden producir impacto sobre el medio ambiente.

La Auditoría que se propone es un proceso de gestión multisectorial para evaluar técnicamente la eficacia de las medidas de remediación ambiental realizadas en la localidad de Cinco Saltos, establecer la necesidad de nuevas acciones y comunicar los resultados a las partes interesadas.

Los objetivos de una auditoría Ambiental son:

- Verificar la situación de la empresa y los efectos que tiene la actividad que desarrolla sobre el medio ambiente.
- Identificar las soluciones técnicas y económicamente viables que permitan la adecuación a la normativa vigente.
- Establecer las medidas correctoras pertinentes para disminuir los costos ambientales
- Evitar sanciones penales y aumentar la rentabilidad económico-financiera.

Los objetivos de la auditoría que se plantea son:

- Evaluar lo ejecutado por la Empresa IMEXTRADE S.A. desde 1997 en el marco del “Programa de Normalización ambiental“, aprobado por el gobierno nacional.
- Realizar el monitoreo de la situación ambiental actual de los sectores de barda, zona urbana y rural aledaña a la ex planta, incluyendo nuevos sitios de monitoreo.
- Evaluar la posible relación entre las condiciones de producción y trabajo de la ex Empresa INDUPA con las enfermedades que padecen ex empleados y/o vecinos de la localidad.

Como procedimiento general, se parte del análisis de las actividades de un proceso de producción para optimizar el mismo y disminuir el impacto sobre el medio natural, social y económico mediante medidas correctivas.

Como procedimiento en esta auditoría, se parte de un hecho consumado e irreversible: el pasivo ambiental provocado por una actividad industrial fuertemente contaminante. Se determina la situación de riesgo actual o potencial y se exigen medidas de remediación ambiental y reparación social.

7.3.2.1. Definición de los Términos de Referencia, Objetivos y Alcances del trabajo

Los “Términos de Referencia” que se establecen a continuación corresponden a las tareas que serán necesarias llevar adelante por organismos o entidades independientes, seleccionados mediante el llamado a concurso público, para la elaboración de una AUDITORIA que contemple el análisis histórico del funcionamiento de INDUPA S.A., de la producción de dicha planta industrial, de los residuos contaminantes depositados en el medio ambiente aledaño, del estado de la salud de los ex operarios de la misma, de los

resultados obtenidos hasta la actualidad por la ejecución del “Programa de Normalización Ambiental en la Ciudad de Cinco Saltos” que está llevando adelante y la estimación del riesgo ambiental actual y potencial .

El trabajo a realizar tendrá como objeto brindar a la comunidad y a la autoridad de aplicación la información suficiente sobre el estado de situación del pasivo ambiental existente y de la salud de la población.

Para que ello sea posible, será necesario alcanzar los siguientes objetivos:

- Analizar y evaluar si el programa de normalización presentado y en ejecución es acorde con el tipo de producción que realizó la planta INDUPA S.A. y cumple con todas las pautas ambientales de tratamiento a tener en cuenta cuando se trata de una fábrica como la mencionada.
- Verificar si las acciones realizadas por la Empresa IMEXTRADE SA en el marco del Programa de Normalización Ambiental para la entidad productiva Cinco Saltos son suficientes.
- Constatar si las medidas y acciones llevadas adelante son efectivas para que el confinamiento de los residuos peligrosos depositados en el área, no afecte la salud humana ni otros componentes del medio físico natural y construido.
- Realizar el monitoreo de los sectores de barda, zona urbana y rural aledaños a la ex planta industrial o en otros puntos de la localidad.
- Investigar la posible relación entre las condiciones de producción y trabajo de la ex INDUPA S.A. y las enfermedades que padecen ex empleados y vecinos de la localidad de Cinco Saltos.
- Proponer las medidas necesarias para lograr la remediación ambiental y el resarcimiento social.

Serán los Alcances del trabajo: Analizar, verificar y evaluar si las acciones realizadas hasta la fecha cumplen el propósito de garantizar el correcto confinamiento de los residuos peligrosos, la no afectación a la salud de la comunidad y al medio ambiente.

8. PASIVO AMBIENTAL

El pasivo ambiental es el conjunto de daños ambientales, en términos de contaminación del agua, del suelo, del aire, del deterioro de los recursos y de los ecosistemas, producidos por una empresa, durante su funcionamiento ordinario o por accidentes imprevistos, a lo largo de su historia.

En los países del Sur es común que los pasivos ambientales más graves sean producidos por empresas transnacionales de Norte, que imponen unas condiciones laborales y ambientales

inaceptables, aprovechando que en la mayoría de los países del Sur, la legislación ambiental es menos estricta, y la fuerza política de las poblaciones locales y de los gobiernos es menor.⁴⁹

Los daños producidos por estas empresas constituyen una parte de la Deuda Ecológica adquirida por los países del Norte con los países del Sur. En este caso, no obstante, se trata de una deuda privada.

Desgraciadamente hay muchos pasivos ambientales sin compensar.

El cálculo monetario del pasivo ambiental es muy discutible y arbitraria por dos razones:

Primero, porque los ecosistemas y su interacción con la sociedad humana se caracterizan por un alto nivel de complejidad y una incertidumbre alta, y los seres humanos son muy difíciles de predecir, pero que estas acciones pueden alterar notablemente el equilibrio del ecosistema y conducir a cambios irreversibles en las pautas de desarrollo.

Seguramente las cifras que surgen de las valoraciones monetarias del pasivo ambiental no reflejan el valor total de las pérdidas sufridas, y además, muchos daños nunca podrán ser reparados ni compensados.

Segundo: que sirva como “desincentivo” para aquellos que llevan a cabo actividades contaminantes, o como mínimo para que se les obligue a tomar precauciones e introducir innovaciones tecnológicas para reducir el daño. Además, la compensación monetaria, conjuntamente con el proceso o la negociación que la hacen posible, tiene un valor simbólico muy fuerte.

A lo largo de la historia de las diferentes actividades humanas ha provocado la degradación del ambiente en sus diferentes medios –agua, aire, y suelo. En algunos casos esto ha sido irrecuperable, mientras que en otros este proceso va creciendo por efecto acumulativo, pudiendo transformarse en un futuro en nuevos casos irrecuperables.

En sucesivos procesos la respuesta de las autoridades ha sido la generación de políticas ambientales que han apuntado a tratar de dar los instrumentos necesarios para detener estos procesos y a mitigar los impactos. Este procedimiento debería mejorarse en cuanto a establecer medidas más operativas antes que regulaciones más estrictas y generadas en un marco de reconocimiento de las realidades económicas imperantes.

Es necesario también realizar una revisión de los procesos de producción en relación con los problemas crónicos que se han generado a partir de la sobreexplotación, desidia o incumplimiento de la legislación o por la utilización de tecnologías obsoletas, tanto sea por incapacidad de modernización o por maximizar las ganancias en desmedro de la preservación del ambiente.

⁴⁹ El pasivo ambiental no se ocasiona sólo en el Sur del mundo, sino también en el Norte (por ejemplo, en el distrito industrial de Porto Marghera, Italia y en el Love Canal, USA)

Es a partir de este proceso que se reconocen los problemas en actividad y las consecuencias sobre la disponibilidad de un ambiente sano para las generaciones futuras, siendo aquí donde se entremezclan los conceptos de la degradación ambiental establecida –pasivo ambiental- y el desarrollo sustentable, que apunta justamente a minimizar dicho pasivo o al menos a evitar que el mismo se incremente.

Cuando hablamos de pasivo ambiental nos referimos a una deuda. De la misma forma que en economía, un pasivo ambiental es una deuda que se tiene por efecto de una determinada gradación en alguno de los componentes del ambiente y que en algún momento deberemos erogar o utilizar energía para solventar esa deuda.

La identificación de los problemas ambientales es el primer paso para luego establecer su cuantificación, lo que una vez determinado dará las bases para la determinación de las responsabilidades y analizar posteriormente los métodos –si existieren- de remediar las áreas degradadas.

Es sabido también que la mala utilización de los recursos, considerándolos como inagotables fuentes de provisión, hasta llegar a poner en peligro su existencia.

Esto ha generado un marco de situación donde la calidad del ambiente es un condicionante para muchas actividades humanas al futuro, lo que en muchos casos puede trasladarse a una variable económica y ser ponderada.

Algunos de los problemas críticos e importantes que pueden mencionarse son los siguientes:

- Manejo y disposición de residuos sólidos
- Contaminación de aguas debido a descargas de origen doméstico
- Contaminación de aguas debido a descargas de origen industrial
- Contaminación de aire proveniente de fuentes fijas y móviles
- Destrucción de hábitat de flora y fauna
- Sobreexplotación de recursos forestales y pesqueros
- Problemas urbanos resultantes de la expansión de las ciudades.
- Falta de infraestructura de transporte
- Falta de espacios recreacionales, plazas, parques, etc.
- Deterioro de la calidad del suelo.

La legislación ambiental puede ser un buen instrumento para mejorar las condiciones ambientales y al mismo tiempo para establecer planes de descontaminación en áreas altamente impactadas, pero debe adaptarse y optimizar los recursos orientándose más hacia la operatividad más que al control y búsqueda de responsables.

Pero muchas veces sucede que la misma no establece en forma explícita los mecanismos de aplicación. Asimismo, se entremezcla con aquellas situaciones en que es difícil establecer los responsables reales de los casos de contaminación.

La definición de pasivo ambiental alcanza dos perspectivas mensurables desde dos puntos de vista: el natural y el antrópico

Desde lo natural definimos pasivo ambiental asociado al deterioro de los ecosistemas o de sus componentes, a través del impacto generado por cuestiones naturales como antrópicas.

A partir de reconocer una contaminación natural y una de origen antrópico el Pasivo Ambiental es de origen antrópico, cuando se mide con identificadores antrópicos, es decir, dinero necesario para revertir los casos de contaminación.

En el caso natural también es dable calcular el pasivo ambiental en función de la necesidad de dinero o energía para sanear un determinado medio contaminado o impactado. Aquí es donde se unen ambos conceptos de pasivos ambientales, en la variable económica a aplicar.

Para la aplicación del concepto de Pasivo Ambiental y de establecer aquellas medidas para revertir el daño es necesario identificar y asignar quien asume la responsabilidad por el deterioro ambiental a fin de que sean ellos los que deban invertir en la reparación del daño ocasionado.

Aquí también se torna importante la relación costo-beneficio de los sistemas políticos a fin de que no se malgastes recursos.

El cálculo monetario del pasivo ambiental, o lo que es lo mismo, la valoración monetaria de los daños ambientales, es muy discutible y arbitraria por dos razones:

Primero, porque los ecosistemas y su interacción con la sociedad humana se caracterizan por un alto nivel de complejidad y una incertidumbre alta y los seres humanos son muy difíciles de predecir. Pero lo que queda claro es que estas interacciones pueden alterar notablemente el equilibrio del ecosistema y conducir a cambios irreversibles en las pautas de desarrollo.

La segunda razón es que la expresión de los daños ambientales en términos monetarios tiene límites estructurales inevitables si se acepta la idea de inconmensurabilidad de valores, o sea la “ausencia de una unidad común de medida aplicable a valores plurales: ¿cuál es el valor de la degradación de un paisaje, de la reducción de la biodiversidad, de la pérdida de identidad cultural propia, de la emigración forzada o de las enfermedades sufridas? La inconmensurabilidad obliga a replantearse el concepto de compensación desde su fundamento. Nos podemos preguntar si ante los daños que se producen en la salud, en la destrucción de un contexto cultural o en la degradación irreversible del medio ambiente, es adecuado, pertinente y útil una compensación monetaria.

Debemos destacar por tanto que la valuación monetaria de daños ambientales es altamente arbitraria, ya que las cifras que surgen de las valuaciones monetarias dependen principalmente de las suposiciones y de la metodología utilizada. Seguramente no reflejan el

valor de las pérdidas sufridas, y, además, muchos daños nunca podrán ser reparados ni compensados.

Aún así en un ámbito institucional es más efectivo hablar en el lenguaje cuantitativo y monetario. Presentar números podría ayudar a que se entienda esta injusticia en ámbitos normalmente menos sensibles a estos temas. Asimismo, la valoración monetaria del pasivo ambiental podría ser útil en un contexto judicial. De hecho, en el derecho civil, de cada país, el daño es punible si es cuantificable y la reparación se concibe en muchas ocasiones en términos monetarios.

El concepto de pasivo ambiental, expresado como el conjunto de daños provocados a lo largo de la historia de una empresa, no existe en la legislación de ningún país, aunque los daños ambientales puedan ser perseguidos bajo la legislación penal, civil y en algunos países, ambiental.

El problema de individualizar la responsabilidad es particularmente difícil cuando las empresas pasan por diferentes propietarios o cuando cierran. En este caso, ni los antiguos propietarios ni los nuevos quieren hacerse cargo de los daños provocados en el pasado y el Estado en muchas ocasiones no tiene los recursos ni la voluntad política para hacerlo.

Existen algunos casos donde las comunidades locales han iniciado un proceso judicial contra una empresa por los daños producidos. Un ejemplo cercano en el tiempo es el caso de Neuquén, una provincia donde las comunidades mapuches han demandado a la empresa Repsol-YPF, solicitando 445 millones de dólares en concepto de los daños que han sufrido en su territorio como consecuencia de la explotación de hidrocarburos. De éstos 138 millones corresponden a la compensación por el impacto en la vegetación, la fauna, la salud psicofísica, y la afectación, sociocultural. El resto corresponden al coste de la limpieza de la superficie afectada. Actualmente el caso está pendiente de resolución por parte de los tribunales.

Existen empresas transnacionales que se aprovechan de las legislaciones ambientales y laborales de algunos países del sur, donde son menos estrictas: los salarios más bajos, y en caso de accidente, la compensación a los damnificados es menor. Asimismo, utilizan como chantaje la facilidad para trasladar la inversión a otros países. El hecho de que se trate de empresas con un poder económico enorme y una gran producción garantiza la impunidad.

9. CONCLUSIONES

El sistema es complejo, pero no por ello estamos habilitados a incumplirlo, porque ello implicaría una violación a nuestra Constitución. El bien jurídico ambiental –objeto de la normativa - presenta una severa sensibilidad; por ello es que se requiere una actuación que no se demore en el tiempo. Este tema debería ser agenda prioritaria en la Argentina. Además, se impone actuar con la responsabilidad que implica una situación como la de hoy, donde la coyuntura social y política no deben hacernos perder la idea de que este tipo de temas no

importan, porque no habrá más error que ese. La legislación sobre medio ambiente es uno de los pilares de los tiempos que se vienen, donde hasta ya comienza a discutir el pago de las deudas externas por las vejaciones ambientales la las que han sido sometidos los países en emergencia por las potencias multinacionales.⁵⁰

Por eso no debemos demorar la cuestión, el rumbo nos exige pensar una política ambiental para mañana y para el país que viene, y en ese punto es que no debemos olvidar que en materia ambiental no sólo se hace una ley para los de hoy, sino que se legisla para las generaciones futuras, las que tienen derecho a que nosotros no malgastemos los recursos que les servirán a ellos para poder ganarse las condiciones para poder vivir.

No olvidemos que el valor axiológico detrás de toda esta regulación no es más ni menos que la supervivencia de la especie humana.

En el comienzo de una nueva era para el derecho, iniciada en la conferencia de Estocolmo de 1972, impulsada por la conferencia de Río de 1992, el ser humano ha comenzado a comprender la importancia del medio ambiente para su vida y de las generaciones futuras,

En Argentina con el dictado de la reforma de la constitución de 1994, se han trazado las bases de un área del derecho cuya complejidad y seriedad requieren un trato especializado.

No podemos dejar de destacar que la ausencia de normas deja al arbitrio de una amenaza inminente a la población coartándole el derecho a “un ambiente, sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano” consagrado en la carta magna.

Es así como no podemos escatimar esfuerzos para lograr desde el derecho, la tutela necesaria que permita el tan ansiado desarrollo sustentable. Para ello se impone la creación de un plexo normativo, justicia, controles y por sobre todo prevención y educación eficientes, logrando con el devenir de los años prácticas industriales alternativas no contaminantes, logrando con ello un marcado crecimiento científico-tecnológico acorde con las necesidades del ser humano. Se impone evitar las confrontaciones, aún no superadas, entre el desarrollo productivo, y la conservación de la biodiversidad, ya que existen los medios necesarios para conservar ambos factores, destacando que el ser humano no puede entregarse a la desidia de un mundo inhabitable y para peor, debido a su propia negligencia. No es que es largo el camino, sino amplio, el abarcarlo está en nuestras manos, las herramientas son muchas y el tiempo limitado, no dejemos que nuestros hijos, o los hijos de nuestros hijos, tengan que detenerse a observar algo insalvable, cuya responsabilidad se cierne sobre nuestras cabezas, casi, como el propio universo.

⁵⁰ Ver Le Monde, Diplomatique del mes de abril de 2002, donde se plantea que la Argentina ya ha pagado tres veces su deuda externa si se cuenta la forma en que han sido expoliados nuestros recursos naturales por las potencias extranjeras y sus empresas aliadas.