



Universidad Abierta Interamericana

**FONDO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL. LINEAMIENTOS
PARA LA CONFECCION DE LEY ESPECIAL.**

ELIZABETH MELINA DALIO

TITULO A OBTENER CON LA PRESENTACIÓN: ABOGADA

UAI -LOCALIZACION CENTRO-

SEPTIEMBRE 2006

Buenos Aires, septiembre de 2006

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho

Por medio de la presente dejo constancia que he aceptado la tutoría y he secundado a la alumna Elizabeth Melina Dalio en la realización del Trabajo Final relativo al planteo de los lineamientos para la confección de ley especial que regule el Fondo de Compensación Ambiental previsto en la ley 25.675.

Sin mas, saludo muy atentamente.

Dr. Eduardo R. Grassetti
Docente asignatura Ecología y
Derecho de los Recursos Naturales –UAI-

INDICE

Carta tutor

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

Ambiente. Distintas concepciones.....	3
Concepto de ambiente según la Ley General de Ambiente.....	4
Principios de interpretación y aplicación contenidos en la ley 25.675...	5
Concepto de presupuesto mínimo en la LGA.....	10

CAPITULO II

Instituciones ambientales. Organización.....	11
Política ambiental de la República Argentina.....	13
El COFEMA. Generalidades.....	15
Regiones del COFEMA. Representación gráfica.....	16

CAPITULO III

Daño al ambiente. Responsabilidades ambientales.	
Aspectos Generales.....	17
Noción de daño ambiental.....	24
Posiciones doctrinarias.....	24
Ley General del Ambiente. Concepto de daño ambiental.....	27
Elementos de la definición.....	27
Principios de Interpretación del daño ambiental.....	28
Jurisprudencia relativa al daño ambiental.....	29

CAPITULO IV

Recomposición del ambiente. Alcance del término recomposición.....	31
Compensación. Alcance del término.....	33
Seguros ambientales. Antecedentes y evolución.....	33
Operatividad del Art. 22 LGA.....	37

Fondos ambientales (FAs). Concepción. Utilidad. Cuando son la herramienta correcta.....	41
Distintos tipos de fondos.....	42
LGA. Triple garantía financiera. Seguros. Fondo de restauración. Fondo de Compensación Ambiental.....	46

CAPITULO V

Fondo de Compensación Ambiental. Necesidad de procurarle Operatividad. Fundamentos.....	48
Necesidad de operatividad del Fondo de Compensación Ambiental. Planteo ante la Corte Suprema de Justicia.....	51
Funciones de los fondos ambientales.....	52
Fondos Ambientales. Derecho comparado.....	53
El caso de Estados Unidos. CERCLA – <i>Comprehensive environmental response compensation and liability</i> -.....	53
Etapas del procedimiento conforme CERCLA.....	55
BRASIL. FNMA. Fondo Nacional de Medio Ambiente.....	58
Origen del fondo brasileño.....	59
Funcionamiento del FNMA.....	61
¿Que financia el FNMA?.....	63
Administración de los fondos del FNMA.....	66
MEXICO. FMCN. Fondo mexicano para la conservación de la naturaleza.....	66
Origen del FMCN.....	67
FMCN. Funcionamiento.....	69
Financiamiento del FMCN.....	72
FMCN. Administración de los recursos.....	77
Otros fondos ambientales. Minamata-Japón. Fondo creado por la ley del Aire-Holanda- TOVALOP Y CRISTAL.....	78
Fondos para cubrir los derrames en el mar.....	78
Acuerdo entre Argentina y EE. UU.....	79
MERCOSUR. Situación ambiental actual.....	80
Antecedentes del acuerdo marco de medio ambiente en el MERCOSUR.....	80
Acuerdo marco de medio ambiente del MERCOSUR.....	81

CAPITULO VI

Fondo de Compensación Ambiental. Lineamientos para confección de ley especial. Propuesta.....	84
Estructura organizacional.....	84
Elección de los miembros.....	90
Financiamiento.....	90
1) Cobro de indemnizaciones por acciones entabladas.....	92
2) Impuestos ambientales.....	92
3) Asignación de partidas presupuestarias.....	95
4) Donaciones.....	95
5) Tasas.....	95
6) Multas.....	98
7) Ingresos provenientes de convenios establecidos con el Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial.....	98
Alcance del Objeto del FCA.....	99
Proyectos.....	100
Procedimiento ambiental.....	101
1) Acción popular de Recomposición del Ambiente.....	101
Otras acciones ambientales vinculadas con el objeto del FCA.....	104
a) Acción de prevención.....	104
b) Acción popular de cese del daño.....	104
Participación ciudadana.....	105
a) acceso a la información ambiental.....	105
Recursos Humanos.....	109
Conclusión.....	111
Listado bibliográfico.....	115

INTRODUCCION

Reconocido el derecho de todas las personas al disfrute del ambiente y su legitimación para defenderlo ante la justicia, así como también la legitimación que se les suele acordar para defender los intereses comunitarios, corresponde

analizar en esta oportunidad, las peculiaridades de la recomposición, producto del daño ambiental, a la que alude nuestra Carta Magna en su Art. 41.

Los legisladores han tratado de concretar aquella disposición constitucional mediante la ley 25.675, Ley General de Ambiente, cuyo objetivo es establecer una política ambiental a nivel nacional.

El plexo normativo de la citada norma, ha previsto la recomposición, que en los términos de la Constitución Nacional, significa lograr una reparación al *status quo ante o in natura*, del ambiente dañado, pero de resultar esto imposible se considera la reparación pecuniaria. Cabe preguntarse entonces, cómo se llevará a cabo ésta última solución. La norma continúa y prevé la formación de un “Fondo de Compensación Ambiental”, y señala que una ley especial establecerá “la organización y administración de dicho fondo”.

Hoy, a más de dos años, de la promulgación de aquella norma, no se ha sancionado ninguna ley especial que venga a poner en práctica las funciones que aquel fondo debe desempeñar, que no sólo se circunscribe a recomponer el daño ambiental, sino que se le han atribuido otras funciones de vital importancia para nuestro ambiente, entre ellas, “prevenir efectos nocivos para el ambiente, preservar al mismo y sus elementos, atender las emergencias ambientales...”.

Vastos han sido los ejemplos de desastres ambientales que podían haberse prevenido y en su caso reparado, si se hubieran tenido las herramientas jurídicas y económicas preparadas para actuar en el momento propicio.

Es por ello que a lo largo de este trabajo, se intentará definir responsabilidades, examinar mecanismos de recomposición existentes en nuestra legislación, encuadrarlos dentro del sistema federal que prevé nuestra Constitución Nacional, proponiendo los lineamientos imprescindibles para la confección de esta ley especial tendiente a regular el Fondo de Compensación Ambiental.

El fundamento de esta labor reside básicamente en el precepto de raigambre constitucional que establece el derecho a gozar de un ambiente sano (Art. 41 CN) ya que la salubridad del ambiente es una condición sine qua non para el desarrollo del ser humano.

CAPITULO I.

AMBIENTE. DISTINTAS CONCEPCIONES

Para introducirnos en la temática ambiental es esencial comenzar con la definición del vocablo ambiente, para ello a continuación se esbozan distintas concepciones doctrinarias y definiciones legales:

El término ambiente se define como: “entorno o medio. Es el conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio o tiempo determinado, fragmentado o simplificado con fines operativos, el término designa entornos más circunscriptos, ambientes naturales, agropecuarios, urbanos y demás categorías intermedias”¹

“Conjunto de elementos y fenómenos como clima, suelo, otros organismos que condicionan la vida, el crecimiento y la actividad de los organismos vivos”²

“El entorno de todo ser humano está integrado por tres elementos: a) los bienes físicos de la naturaleza o recursos naturales; b) las cosas creadas o inducidas por el hombre -manufacturas y productos de la cultura si son físicas o instituciones si son inmateriales-; c) el resto de la humanidad.”³

“El ambiente no es una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto natural de equilibrio.”⁴

“La Constitución Nacional en su artículo 41 define implícitamente el ambiente, inclinándose por una concepción amplia del término abarcativo, comprensivo del “patrimonio natural y cultural.”⁵

¹ Ley 5961, Art. 4º. Ley de Preservación del Medio Ambiente. Pcia. Mendoza, Argentina. Sanción: 26/08/92; B. O. 25/02/93.

² Plata Rodríguez Eduardo. Diccionario Ecológico Ilustrado. 1º edición. Buenos Aires: Espacio Editorial; 2000.-

³ Cano Guillermo. Derecho, Política y Administración Ambiental. 1º edición. Buenos Aires: Depalma; 1978.

⁴ Valls Mario F. Derecho ambiental. 3º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1994.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires a través de los artículos 28 y 44, participa de igual concepción.

“Es el sistema constituido por los subsistemas naturales, económicos y sociales que interrelacionan entre sí el que es susceptible de producir efecto sobre los seres vivos y las sociedades humanas y condicionar la vida del hombre”⁶

CONCEPTO DE AMBIENTE SEGÚN LA LEY GENERAL DE AMBIENTE (LGA)

En cuanto al alcance de la noción de ambiente, es claro que la LGA, en un todo de acuerdo con la CN, ha optado por un concepto amplio del mismo. Se debe en cuenta, tal como se expuso supra, que el Art. 41 de la Constitución Nacional ha incluido en su texto las nociones de patrimonio histórico cultural, involucrando a estos conceptos en la noción de ambiente. La LGA adopta claramente esta postura, al englobar en el concepto de ambiente no solo a los recursos naturales y los ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos.

La jurisprudencia se ha mostrado conteste a esta interpretación en el fallo “Municipalidad de Tandil c/ La Estrella S/ daños y perjuicios”, C.C.y C Azul, sala 2º, 22/10/96, ED 171-373, JA 1997-III-24, en el cual reconoció que al dañar el complejo escultórico Las Nereidas y una fuente sitios en la ciudad de Tandil se estaba produciendo un daño moral colectivo y que el mismo debía ser resarcido a la comunidad.

En este sentido, se encuentran diversas calificaciones en nuestro sistema relativas a la propiedad de los recursos naturales y los elementos que componen el ambiente. “Por una parte, se realiza la gran diferenciación entre los bienes de dominio público y privado. El estado puede poseer ambas categorías de bienes, que pertenecerán a sus diferentes niveles, según la distribución de competencias hecha por la Constitución Nacional. En el caso de los bienes de dominio público existe una clara referencia al uso y goce de los mismos que corresponde a las personas particulares, con sujeción a las

⁵ Dromi Roberto y Menem Eduardo. La Constitución Reformada. 1º edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina; 1995.

⁶ Anexo ley 123 sobre evaluación de impacto ambiental para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

disposiciones del Código Civil y de las ordenanzas generales y locales (Art. 2341 Código Civil).

Esta cuestión desmembrada que se presenta en relación a los bienes de dominio público no existe en cuanto a los bienes de dominio privado pertenecientes a los particulares o al Estado, en los cuales se observa una confluencia del ius fruendi, el ius utendi y el ius abutendi. Ahora bien, en este último sentido, cabe traer a colación las nuevas tendencias existentes en relación a la propiedad privada y su función social que trascienden las nociones del dominio privado y público. Esto se encuentra íntimamente vinculado con los alcances del derecho de propiedad y su relación con la protección del ambiente. En primer lugar por la necesaria armonía que debe existir en el ejercicio de los diversos derechos propugnados en la Constitución Nacional. En segunda instancia, porque, durante años, la ausencia de un límite ha dado lugar a un “uso arbitrario y nocivo de la propiedad” resultando esto en un abuso para los recursos naturales y culturales, ocasionando agotamiento y destrucción, y a la vez, produciendo graves problemas al equilibrio ecológico y social”. En este sentido, la función de protección ambiental estaría ínsita en el mismo derecho de propiedad, sin por ello desnaturalizar al mismo.”⁷

PRINCIPIOS DE INTERPRETACION Y APLICACIÓN CONTENIDOS EN LA LEY 25.675 -Ley General de Ambiente-

Resulta importante que la ley contenga PRINCIPIOS DE POLITICA AMBIENTAL, la sola mención de los mismos, constituye un avance en la materia. Con acierto se ha dicho que los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de toso ordenamiento jurídico, son pues ideas jurídicas directivas, o pautas generales de valoración.

La ley 25.675 contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, que en general, son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental.

⁷ Sabsay Daniel Alberto y Di Paola María Eugenia. El daño ambiental colectivo y la Nueva ley General del Ambiente. Anales de legislación Argentina. Boletín Informativo; 2003; N° 17, 1-9.

A) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, en virtud del cual “la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”⁸, en términos de armonizar.

B) PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, cuyo enunciado legal es el siguiente: “Los objetivos ambientales deben ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”⁹; en nuestra doctrina, se destaca que este principio, responde a ideas de temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación”.

C) Según Néstor Cafferatta, en sus comentarios a la ley 25.675¹⁰, entiende que del principio de progresividad derivan dos subprincipios: PROPORCIONALIDAD, referido a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines, la equidad, en suma la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias y GRADUALIDAD, que también se extrae del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente. En otro orden, la ley de Protección del Medio Ambiente N° 7070 (B.O 27/01/2000), de la Provincia de Salta, instituye este principio de gradualismo, por el que “se reconoce que dadas las condiciones económicas y culturales de la Provincia, la degradación de la calidad ambiental, no puede ser superada de un día para el otro, por lo tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incremental para permitir un gerenciamiento y manejos adaptativos”.

⁸ Tratado de Asunción del MERCOSUR. Art. 1°. Ley 23.981.

⁹ Bibiloni, Homero M.. Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica. Jurisprudencia Argentina. 2001 7 de marzo, Número especial de Derecho Ambiental, 1° parte.

¹⁰ Caferatta Nestor. Comentarios Ley 25.675. Disponible desde:URL:<http://www.cicacz.org.ar/Comentario%20Ley%2025675.htm>

D) Este principio de progresividad, a su vez, desde otra óptica, reviste enorme trascendencia en el campo internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, parte 2, art. 2.1). Este pacto ha sido firmado en Nueva York en 1966, fue aprobado por la República Argentina conforme ley 23313/86 e incorporado con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 art. 75 inc. 22 C.N.

E) En general, es obvio que resulta conveniente sino necesario la adecuación de la legislación provincial o municipal a los principios y normas fijadas en la ley General del Ambiente; como asimismo que los objetivos ambientales deban ser logrados en forma gradual, a través de metas intermedias y finales, proyectadas con un criterio cronológico.

F) El principio de CONGRUENCIA guarda familiaridad, analogía o similitud con el denominado PRINCIPIO DE REGULACIÓN JURÍDICA INTEGRAL, que en síntesis, exigen del legislador en primer término y del intérprete en la fase de aplicación, tener una perspectiva macroscópica e integradora. Este principio se inserta en la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales, y con especial atención ha sido declarado en el Primer Programa de Acción Comunitaria en materia de ambiente, así como igualmente en la Recomendación N° 70 del Plan de Acción adoptado en la Conferencia de Estocolmo. Por lo demás lo recuerda las diversas relaciones que, conforme nuestro régimen de organización constitucional, existe entre el Estado Federal y los Estados miembros (de supra subordinación, de inordinación y de coordinación).

G) PRINCIPIO de EQUIDAD INTERGENERACIONAL, en cuya virtud “Los responsables de la protección ambiental deberá velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras” (derivado del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre medio ambiente).

H) PRINCIPIO DE SUSTENTABILIDAD, que se enuncia así “El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán

realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”. La Constitución Nacional en el artículo 41, consagra el 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, acorde a la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostenido o duradero, elaborada para el informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, denominado “Nuestro futuro común” y que fuera aprobado por las Naciones Unidas en 1998.

I) PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”, tal como aparece enunciado en la Ley 25.675 apunta a reforzar la idea de internalización de costos ambientales (conforme el principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, ONU, 1992), sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente, asimismo sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales (principio 13 de la misma Declaración de Río). Cabe señalar que en materia de responsabilidad internacional, ya el principio 22 de Estocolmo inducía a los Estados a cooperar para establecer el derecho de la responsabilidad internacional en la materia. Aunque se reconoce responsabilidades comunes pero diferenciadas (Declaración de Río principio 7, Convención sobre el Cambio Climático, artículo 3, apartados 2 y 3).

J) En otras palabras, se trata la mentada por la doctrina nacional de Brasil, RESPONSABILIDAD INTEGRAL DEL DEGRADADOR, explicable por este principio la persona responsable, directa o indirectamente, por degradación de la calidad ambiental (persona física o jurídica) está sujeta a sanciones civil, administrativa y penales, aplicables acumulativamente.

K) PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: “La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”¹¹. De los principios contenidos en la ley objeto de este análisis surgen principios básicos de la responsabilidad ambiental internacional. Así por ejemplo el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD constituye el punto de partida para la constatación del daño transfronterizo.

L) PRINCIPIO DE COOPERACIÓN: “Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”. El PRINCIPIO DE COOPERACIÓN a nivel internacional es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. Los Estados deben cooperar entre sí para resolver los problemas de contaminación transfronterizos (principio 7, 9, 12, 27 Declaración de Río).

M) PRINCIPIO DE PREVENCIÓN, que se formula en el texto legal de la siguiente manera: “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”. El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental

N) PRINCIPIO PRECAUTORIO. “Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. El principio de precaución fue enunciado inicialmente por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático, creado en 1987, por decisiones congruentes de la Organización Meteorológica Mundial y el PNUMA, lo recogió la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima, para aparecer consagrado en

¹¹ Declaración de Río. Principios 7, 5, y 27.

el inc. 3 del artículo 3 del Convenio Marco sobre el Cambio Climático, negociado entre febrero de 1991 y mayo de 1992, bajo los auspicios de las Naciones Unidas. También aparece como principio 15, en la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y Desarrollo en 1992. Constituye uno de los cuatro principios incorporado al artículo 130 R-2, en que el tratado de Maastricht de la Unión Europea fundamenta la Acción de la Comunidad.

Concepto de presupuesto mínimo en la LGA

La ley General del Ambiente presenta el esquema de ley marco en materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, que el Congreso ha sancionado en virtud del mandato del tercer párrafo del Art. 41. Reúne en su texto aspectos básicos de la política ambiental nacional, en consonancia con diversas contribuciones de la comunidad jurídica y de la sociedad en general. La norma abreva en nuestra organización federal, considerando el concepto de presupuesto mínimo y su determinación en virtud de la distribución de competencias nación-provincias, proveyendo por ende el andamiaje institucional básico sobre el cual deben sancionarse e interpretarse las leyes sectoriales de presupuestos mínimos.

¿Qué entiende la LGA por presupuesto mínimo?

El Artículo 6° de la mentada norma dispone: “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”

En definitiva la LGA es una ley “mixta”, ya que por una parte regula aspectos relativos a los presupuestos mínimos de protección ambiental y por otra, cuestiones vinculadas al daño ambiental que constituyen normativa de fondo.

CAPITULO II.

INSTITUCIONES AMBIENTALES. ORGANIZACION. POLITICA AMBIENTAL ARGENTINA

Es necesario clarificar cuales son las instituciones destinadas a tratar las cuestiones ambientales en nuestro país para así tener una visual amplia referida a esta temática.

En el ámbito del Congreso Nacional, cada una de sus cámaras cuenta con comisiones especializadas en temas ecológicos:

La **Cámara de Diputados tiene la Comisión de Recursos Naturales y Conservación del Ambiente Humano**, creada en 1973; y **la de Senadores, la Comisión de Ecología y Desarrollo Humano**, creada en 1974. En el ámbito provincial, la mayoría de las legislaturas ya cuenta con comisiones especiales para el tratamiento de los problemas del ambiente. Del mismo modo, a nivel municipal, las principales ciudades han creado sus respectivas comisiones.

Para concertar y coordinar las políticas y regímenes jurídicos, en especial entre la Nación, las 23 provincias y la Capital Federal, se creó en 1990 el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), integrado por una Asamblea, la Secretaría Ejecutiva y la Secretaría Administrativa.

El año 1991, marcó el inicio de una nueva etapa en materia ambiental para nuestro país, pues tanto la creación de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano (SRNyAH, elevada en Junio de 1996 al rango de Ministerio), aunque mas tarde, en 2003, pasó a depender del Ministerio de Salud de la Nación, al respecto se generó mucha polémica es dable transcribir algunas opiniones sobre el tema: “Esta decisión constituye una suerte de enunciado o afirmación política en cuanto a la importancia y al enfoque desde el Estado, que se le dará al desarrollo sustentable y a las cuestiones ambientales.”¹²

¹² Walsh, Juan Rodrigo. ¿Dónde debería estar la Secretaría de Medio Ambiente? Reflexiones acerca de la importancia de una Autoridad Ambiental en un modelo de desarrollo sustentable. La Ley Suplemento de Derecho ambiental 2003, 14 de julio; año X N°3: 1-2.

“La decisión de asignar las competencias ambientales a una repartición de segundo nivel dentro del Ministerio de Salud, no hace mas que ratificar la pérdida de jerarquía que ha sufrido la política ambiental durante los últimos tiempos...” “En el caso de un país como la Argentina, por ejemplo, con una economía altamente dependiente de la calidad de sus recursos naturales, desconocer la importancia de un desarrollo sustentable que preserve la calidad de sus recursos naturales, desconocer la importancia de un desarrollo sustentable que preserve la calidad de sus ecosistemas, parece una actitud de improvisación signado por la visión de corto plazo...”¹²

La sanción de la Ley N° 24.051 de Residuos Peligrosos, significaron una mayor preocupación del Estado por mejorar la calidad de vida de la población, además de brindarle a los jueces una herramienta válida para defenderla.

El 5 de Julio de 1993 el Presidente de la Nación y los 23 gobernadores provinciales firmaron el Pacto Federal Ambiental, que adopta los principios de la Agenda 21, emanada de la Cumbre de la Tierra de 1992. El órgano creado y designado por el Pacto para definir y ejecutar la política ambiental es el COFEMA.

La Constitución de la Nación, dictada en 1853 y enmendada parcialmente en 1860, 1866, 1898 y 1957, no contenía cláusulas ambientales. La reforma de Agosto de 1994 incorporó dos artículos, el N° 41 y el N° 43 referidos a la protección del ambiente. En cuanto a las constituciones provinciales, muchas de ellas reformadas en la última década, la mayoría contiene cláusulas ambientales o referentes a los recursos naturales. Si bien no existe aún una Ley Nacional Ambiental, algunas administraciones provinciales, dictan sus propias leyes y proyectos ambientales. El marco de la Constitución autoriza a las provincias a celebrar entre sí tratados interprovinciales de interés económico y dispone que den conocimiento de los mismos al Congreso de la Nación.

Nuestro país padece de una serie de problemas ambientales de variada naturaleza, asociados a diversas actividades humanas, que ponen en peligro el desarrollo sustentable del país. El nivel de contaminación atmosférica, el

volumen de residuos urbanos e industriales y la congestión vehicular, cuestiones que deben ser tratadas en el ámbito creado al efecto.

Síntesis Gráfica:



POLITICA AMBIENTAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Las relaciones interjurisdiccionales:

El deslinde de competencias entre la nación y las provincias surge de la Constitución Nacional independientemente de la materia de que se trate.

En relación a lo ambiental es necesario tener en cuenta que siendo nuestra ley fundamental es un producto del siglo pasado, esta temática no aparecía ni por asomo en su articulado con anterioridad a la reforma.

Hoy a la cuestión se refiere la cláusula contenida en el 3º párrafo del Art. 41.

La misma expresa que “corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. Recurriendo a los principios generales, la división de competencias entre la nación y las provincias surge de la aplicación del Art. 121, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación. En este sentido, las provincias tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación. La Constitución también establece que la competencia nacional tiene una jerarquía superior a la provincial y que en consecuencia es suprema.

Pasaron ocho años desde la reforma hasta la sanción de esta ley que pone en manos de la concertación federativa la posibilidad de reglamentarla.

Frente al consenso acerca de la textura abierta que presenta esta ley, la reglamentación de la misma dependerá de la habilidad de los estados provinciales de llevarla a cabo en el ámbito del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente).

El COFEMA. Generalidades

“En el año 1990 se comienzan a realizar una serie de reuniones de representantes ambientales de las provincias. El Consejo Federal de Medio Ambiente, como tal, recién se constituye en la tercera de esas reuniones, el 31 de agosto de 1990, siendo el instrumento formal un Acta Constitutiva suscripta en la Ciudad de La Rioja por representantes de doce provincias.

Actualmente lo componen la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable como representante del gobierno nacional, todos los gobiernos provinciales y el de la ciudad autónoma de Buenos Aires a través de sus representantes, responsables de los organismos ambientales provinciales.

El COFEMA fue reconocido por los gobernadores, en el Pacto Federal Ambiental, como instrumento válido para la coordinación de la política ambiental.

Tiene como objetivos relevantes el formular una política ambiental integral y coordinar estrategias, planes y programas de gestión regionales y nacionales, propiciando políticas de concertación como modo permanente de accionar, con todos los sectores de la sociedad involucrados en la problemática ambiental.

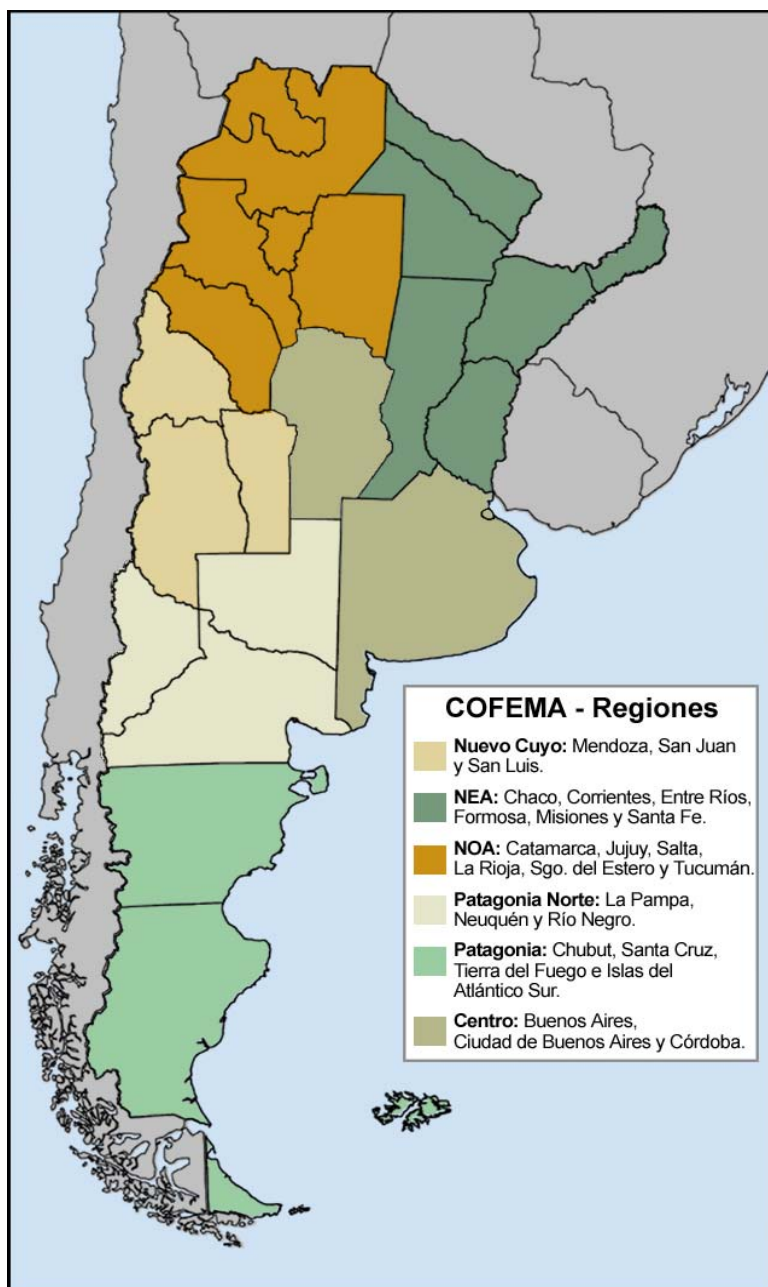
Su estructura organizacional contempla la realización de Asambleas Ordinarias, aproximadamente cada tres meses, está previsto que emitan resoluciones y recomendaciones.

La Secretaría Ejecutiva está formada por un presidente, un vicepresidente y representantes de las seis regiones que reconoce el COFEMA: NOA, NEA, Centro, Nuevo Cuyo, Comahue y Patagonia.

Está asistido por una Secretaría Administrativa que ejerce la SDSyPA y que está dentro del Área de Coordinación COFEMA.”¹³

¹³ Ministerio de Salud y Medio ambiente. Secretaría de Ambiente y Desarrollo sustentable.2006. Disponible desde URL: <http://www2.medioambiente.gov.ar/cofema/antecedentes.htm>

Regiones del COFEMA. Representación Gráfica



CAPITULO III.

DAÑO AL AMBIENTE. RESPONSABILIDADES AMBIENTALES. ASPECTOS GENERALES

A) RESPONSABILIDADES AMBIENTALES Y RELACIONADAS

1) POR REPARACIÓN DE DAÑOS

Responsabilidades que pueden darse *en ocasión* de una infracción ambiental o *concurrir* con una responsabilidad propiamente ambiental, pero que no son en si mismas ambientales

1.-Civil

1.1. Conforme con el Código Civil

1.2. Cuando, al mismo tiempo que daño ambiental, hay:

1.2.1 Daño a patrimonio privado

1.2.2. Daño a personas

1.3. Responsables:

1.3.1. Autor del daño (CC Art. 1.113)

1.3.2. Funcionario público si no cumplió debidamente su función de prevenir dicho daño (CC Art. 1112)

2.-Minería

2.1. Con las especiales características marcadas por los Art. 32, 91 92, 161 a 163, 165 y 166, en forma similar a la responsabilidad civil.

2.2. Funcionario público si no cumplió debidamente su función de prevenir dicho daño (CC 1112)

3.-Normas complementarias de minería y otros recursos naturales

Indemnizaciones a particulares:

3.1. P.E. Ley 17.319, art.100; Dto. 2006/93; 860/96; Ley 21778, art.7

3.2. Cualquier otra norma que estableciere regímenes especiales de responsabilidad.

3.3. Funcionario público si no cumplió debidamente su función de prevenir dicho daño (CC 1112)

4.-Eventualmente, responsabilidades laborales

4.1. Indemnizaciones a trabajadores

4.2. Siempre y cuando sea por o en ocasión del trabajo

Responsabilidad estatal

Como se mencionó en varios puntos anteriores, tendrá responsabilidad el Estado, pero, siempre que se den las siguientes condiciones:

a) Que la obligación de prevención del daño esté específicamente establecida por una norma, explícitamente, incluida en la atribución de competencia del órgano o razonablemente implicada en alguna norma jurídica.

b) Que haya habido “falla de servicio” que guarde vínculo de causalidad con el daño.

c) Como generalmente se admite que es materia de derecho administrativo (reservada) y no civil (delegada), sujeto a las condiciones que pudiera establecer la legislación provincial.

II) POR RECOMPOSICIÓN DEL AMBIENTE (se sigue la terminología del Art. 41 de la Constitución Nacional)

Responsabilidades específicamente ambientales

5.-Constitución

Art. 41. Programático. Aunque puede entenderse que, cuando existen leyes que reglamentan campos parciales de responsabilidad ambiental, es operativo.

6.-Minería

Específicamente ambiental conforme Art.248, 263

7.-Otros

7.1. Otras normas nacionales que lo legislaran especialmente

7.2. Normas provinciales en términos del 3^{er} párrafo del Art.41, incluyendo la subsistencia de legislación provincial anterior o la posibilidad de generarla en tanto el Gobierno Nacional no lo haga.

Los términos en que se responderá estarán establecidos por las respectivas normas. Pero, en todos los casos deberá respetarse la prioridad de la reparación en especie (Art. 41 de la CN).

En todos los casos, puede adicionarse:

- a) Responsabilidad civil del responsable como autor o responsable por otros o por las cosas
- b) Del funcionario público
- c) Del Estado

III) OTRAS RESPONSABILIDADES

Penal

8.1. Conforme delitos del Código Penal que *también* puedan dañar bienes ambientales (Ej. daño, incendio) o por delitos cuyo medio comisivo es una infracción ambiental (Ej. muerte o lesiones a las personas por contaminación).

8.2. Figuras específicas en el Código o en leyes complementarias (Ej. contaminación de agua potable, ley de residuos peligrosos, ley de protección de la fauna silvestre).

8.3. Competencia legislativa nacional

8.4. Competencia judicial conforme Art. 75, inc.12 (Problema de la constitucionalidad de la ley de residuos peligrosos en este punto)

8.5. Puede responder el funcionario si su falta de servicio implica la comisión de un delito

Contravencional

8.1. Conforme faltas que *también* puedan dañar bienes ambientales o cuyo medio comisivo es una infracción ambiental

8.2. Figuras específicas en Códigos de Faltas, leyes ambientales nacionales o provinciales, figuras específicas de infracciones ambientales incluídas en leyes parcialmente ambientales (Ej. pesca)

8.3. Figuras extensibles al campo ambiental por ser faltas generales a infracciones a un régimen que incluye lo ambiental (Ej. hidrocarburos, gas, etc.)

8.3. Competencia legislativa nacional o provincial. Municipal conforme la constitución de cada provincia.

8.4. Competencia jurisdiccional según cada legislación

Disciplinaria

Del agente público conforme la legislación específica que corresponda sobre régimen de la función pública o sistemas de contralor (Tribunal de Cuentas, Auditoría, etc. que puedan hacer un cargo, por ejemplo, porque hubo demanda), todo según legislación que corresponda de Nación, Provincia, Municipio.

B) QUIÉNES RESPONDEN SEGÚN EL TIPO DE RESPONSABILIDAD

	Autor	Partícipe	Estado	Funcionario
Civil	x	x		x
Minera	x	x		
Administrativa			X	
Ambiental	x	x	Si coincide con el autor, ej. Empresa estatal, hospital público etc.	
Penal	x	x		x
Infraccional	x	x		
Disciplinaria				x

El mismo hecho puede dar lugar a varias responsabilidades

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA - Algunas cuestiones particulares

A) PRINCIPIOS GENERALES

Presupuesto inicial: Existencia de daño ambiental.

II) CONDICIONES GENERALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

1.-Casos posibles

1.1. Precontractual y contractual

1.2. Extracontractual

2.-Casos de responsabilidad extracontractual

2.1. Acto judicial (Ej. sentencia errónea)

2.2. Acto legislativo (P.Ej. ley declarada inconstitucional que causa daño patrimonial -no basta la mera inconstitucionalidad formal)

2.3. Perjuicio especial (Servidumbres administrativas, expropiación, restricciones administrativas a la propiedad que afecten solo de un modo especial a un administrado.

2.4. Responsabilidad por no legislar.

2.5. Actuaciones ilícitas varias del agente (delitos en perjuicio de particulares, exceso en el ejercicio de funciones, etc.)

2.6. Daño producido por las cosas del Estado

2.7. Otros casos: P.Ej. daños y perjuicios derivados de no hacer funcionar un servicio público ya creado y organizado, por no poder cumplir sus funciones un ente descentralizado por falta de activo si esto produce daños, etc.

3.-El caso más común relacionado con lo ambiental: *Falta de servicio*

2.1. Condiciones:

a) Perjuicio (CC 1067 y 1068. 1069, 1083)

b) Vínculo causal entre la falta de servicio y el daño (equivalencia de condiciones, causalidad adecuada -Código Civil: 901, 903, 904, 905, 906).

c) Norma que obligue a cumplir el servicio: Código Civil 1066 y 1074. Es necesario consultarla con cuidado para ver si:

-Es explícita o implicada razonablemente

-Si es obligación de medios o de resultado

4.-Limitaciones que pueden establecer las legislaciones locales

4.1. La teoría administrativa sostiene unánimemente que la responsabilidad deriva de una relación de derecho público y está fundada no en la negligencia personal del agente, sino en el incumplimiento de funciones administrativas.

4.2. Por lo tanto, está regida por el derecho administrativo

4.3. Siendo ésta materia reservada constitucionalmente a la legislación local, ésta puede modificar el sistema de responsabilidad habitual del Código Civil, agregando o quitando condiciones. Generalmente, lo hace agregando. Por ejemplo: sentencia criminal errónea, modificada por recurso de revisión, que condene a prisión, por más de tres años, sin dolo o culpa del condenado.

4.4. Dos ejemplos ilustrativos:

4.4.1. La ley 11.723 de la Provincia de Buenos Aires tenía un artículo que *fue vetado*: Art.6: “El Estado provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsables de las acciones u omisiones en que incurran”. Sería una limitación por eliminación.

4.4.2. Un caso más claro de limitación es el Anteproyecto de Código del Ambiente Humano y de los Recursos Naturales Renovables para la Provincia de Misiones: Art. 18: “El Estado no será responsable por los hechos de la naturaleza, ni de terceros que afecten garantías o derechos particulares. Tampoco será responsable por la incapacidad que resulte de su propia estructura administrativa para atender y resolver problemas de la naturaleza o de actividades individuales o colectivas que afecten el interés o los derechos reconocidos por la legislación vigente. Sólo será responsable de las actividades sobre las cuales haya resuelto tomar intervención mediante acto administrativo fundado, siempre y cuando las técnicas cuyo empleo se haya dispuesto sean conocidas en sentido científico o técnico y pese a ello dieran un resultado contrario a las previsiones de la ciencia y técnica. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades individuales tanto de los propios agentes, como de las personas jurídicas privadas, individuales o colectivas, que tuvieran intervención en los actos juzgados dañosos dentro del sistema legal”.

NOCION DE DAÑO AMBIENTAL.

En primer lugar, es necesario distinguir los daños a las personas o a las cosas por alteraciones al medio ambiente y el daño al ambiente. El primero de ellos es asimilable a las diversas hipótesis de daño, ya reconocidos por el derecho clásico que reviste implicancias ecológicas o ambientales. La segunda noción conceptual del daño es el perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o el medio ambiente, sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas. En la mayoría de los casos concretos, coexisten las dos variantes de daños a las personas o cosas por alteraciones al medio ambiente y el daño al medio ambiente; hasta la actualidad el derecho se

ha preocupado exclusivamente por el primer concepto de daño y ha llegado el momento que el derecho comienza a ocuparse y aportar soluciones por el segundo concepto expresado.

POSICIONES DOCTRINARIAS:

La doctrina ha definido en infinidad de oportunidades el concepto de daño ambiental, es por ello que a continuación se transcriben algunas de ellas, con el fin de hallar aquella más integral.

“Toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual o colectivamente, a que no se alteren en modo perjudicial las condiciones naturales de vida”¹⁴

“Toda lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano”¹⁵. En este marco, la problemática ecológica se presenta como uno de los campos de las llamadas “violaciones de masa”, en el que el progreso tecnológico sitúa al acaecimiento dañoso, como una circunstancia que acompaña naturalmente al obrar humano.-

“Toda actividad humana individual o colectiva que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. El daño así ocasionado es llamado por algunos autores “daño ecológico”, pero en realidad es más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biósfera”¹⁶. Al respecto se ha recordado que “el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño

¹⁴ Peyrano Guillermo. Daño ecológico. Protección del Medio Ambiente e Intereses Difusos. La Ley. 1983-III-835.

¹⁵ Lily Flah y Smayevsky. Daño ambiental: Aplicación del Código Civil y Proyecto de Reforma. Bs. As: Revista Jurídica La Ley; 1990, Tomo C, pag.884

¹⁶ Bustamante Alsina . Responsabilidad civil por daño ambiental. LL- 1994-C-1056.

que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”, sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote, a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado”¹⁷. Hoy nuestra doctrina judicial, tiene como sugestivo antecedente un fallo en el que se hizo lugar a una demanda entre otros rubros por “daño ambiental residual” (o daño al ambiente en sí mismo), en relación a un deterioro o menoscabo del ambiente como sinónimo de bienestar público. “Esta lesión es provocada a todos y cada uno de los sujetos, a quienes se haya deteriorado su hábitat, más allá de que existan daños derivados, fragmentarios o particularizados. Se ha dicho que el daño ambiental, no es un daño común, por su difícil, compleja, o ardua comprobación, atendiendo a las circunstancias que, en muchas ocasiones, es despersonalizado o anónimo; suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas. Al mismo tiempo que alcanza a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, puede ser cierto y grave para el ambiente o alguno de sus componentes, pero ser considerado despreciable o sin relevancia o significación, o no tenerlo en la actualidad, respecto de las personas individualmente consideradas”¹⁸. El carácter difuso daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño. Es que la contaminación es itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tienen límites geográficos ni físicos, ni temporales ni personales. “La ausencia de precisión en las características del daño, su extensión, alcance, prolongación su carácter muchas veces retardatario, acumulativo, los efectos sinérgicos, etc. constituyen problemas de enorme trascendencia al momento de su determinación. Además se trata de casos de prueba difícil, altamente compleja, revestida de enorme cientificidad.”¹⁹ Por lo que en doctrina se recomienda flexibilizar los mecanismos procesales de acceso a la justicia, y prueba, con énfasis preventivo. En otro aspecto, la

¹⁷ Bustamante Alsina, op-cit, p. 25

¹⁸ Jorge Mosset Iturraspe. Cómo contratar en una economía de mercado. Bs. As: Rubinzal Culzoni; 1996.

¹⁹ Morello LL- 1999-C-897

doctrina judicial más progresista sobre la materia, postula la naturaleza de daño físico, biológico o a la salud del daño ambiental, ya que importa un menoscabo de las potencialidades humanas, un estrechamiento de las chances vitales, como asimismo una disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial, con implicancias económicas patrimoniales y extrapatrimoniales. Para que la protección del medio ambiente no sea fórmula meramente declarativa, la Constitución Nacional se anticipa y constitucionaliza esta nueva categoría de daños. Así, “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley”²⁰. “Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo”²¹

LEY GENERAL DE AMBIENTE. CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL

La ley General del ambiente, establece en el Art. 27, *in fine* “se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.”

“En el caso del daño al ambiente, nos encontramos con un daño al medio, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico o puntual a las personas o bienes particulares.”²²

ELEMENTOS DE LA DEFINICION DE DAÑO AMBIENTAL

En cuanto a las características del daño, la LGA ha optado por la expresión “alteración relevante que modifique negativamente...”, cabe preguntarse que implica una modificación negativa del ambiente. La capacidad

²⁰ Constitución Nacional. Art. 41.

²¹ Constitución Provincia de Buenos Aires. Art. 28.

²² Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Presupuestos mínimos de protección ambiental. Buenos Aires; 2003.

autorregenerativa del ecosistema ha sido considerada como una variable de especial importancia a la hora de determinar si existe daño ambiental, y por ende, una alteración negativa del ambiente. Esto quiere decir que una simple alteración permitiría que el ambiente pueda autorregenerarse, mientras que el daño ambiental no daría lugar a una propia capacidad reconstitutiva de los ecosistemas. Ahora bien, esta interpretación debería combinarse con los aspectos temporales en un marco de razonabilidad. Esto quiere decir que la capacidad autorregenerativa que demande a un ecosistema millones de años escaparía a los criterios de razonabilidad para la interpretación de los alcances de la noción de daño ambiental.

La modificación negativa podría entonces vincularse a la alteración de la capacidad de mantener una calidad de vida aceptable y un equilibrio ecológico viable, excluyéndose aquellos cambios que no posean un efecto sustantivo. En cuanto a la razonabilidad con que se interprete la noción de daño ambiental por parte de los jueces, la misma comprende diversas aristas relativas a la noción de daño permisible y tolerable. En el primer caso, nos encontramos con el entramado de normas administrativas que establece la autoridad gubernamental en relación a las actividades susceptibles de alterar el ambiente. Por su parte, el daño tolerable parte de la percepción comunitaria y sus límites de aceptación en relación a una alteración al ambiente. Ambos conceptos convergen en la noción de daño ambiental necesario, ya acuñado por la jurisprudencia. Es cierto que existe una alteración ambiental inevitable que está vinculada al juego entre los conceptos mencionados, y que, junto con los principios del derecho ambiental, servirán al juez y al decidor para interpretar los elementos que formen parte de un proceso determinado.

PRINCIPIOS DE INTERPRETACION DEL DAÑO AMBIENTAL

Los principios de la política ambiental reconocidos en el Art. 4 de la LGA constituyen herramientas de interpretación del derecho positivo para los jueces, las autoridades administrativas y la ciudadanía en los aspectos a reconocer en las etapas ex ante y ex post del daño ambiental.

Las consideraciones ex ante engloban por un lado los aspectos que hacen a la necesidad de prevenir las actividades dañosas en un marco de tratamiento

integrado de los problemas ambientales a fin de evitar los efectos negativos que puedan producirse sobre el ambiente, en el marco del principio de prevención. Asimismo se vinculan íntimamente a la consideración del principio precautorio cuando haya peligro de daño grave e irreversible, estableciendo que la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. La jurisprudencia había acogido con anterioridad a la LGA, este principio el Derecho Internacional en el fallo Copetro (que infra se hará referencia).

Asimismo, es reconocida por la mencionada ley la responsabilidad del generador ex ante y ex post, en cuanto a que el principio de responsabilidad señala que debe afrontar los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio del sistema de responsabilidad ambiental que corresponda. Este principio ya ha sido considerado por la jurisprudencia en el fallo Barragán, por el cual se estableció que Autopistas Urbanas s.a. y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires deben adoptar medidas necesarias para lograr una sustancial reducción de la contaminación sonora proveniente de la Autopista 25 de Mayo.

Los principios de sustentabilidad y equidad intergeneracional abrigan los ya mencionados, e indican claramente la importancia de considerar tanto la necesaria alianza del desarrollo ambiental social y económico, como así también el apropiado uso y goce del ambiente por parte de la generación actual y las futuras.

JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DAÑO AMBIENTAL

Hoy nuestra doctrina judicial, tiene como sugestivo antecedente un fallo en el que se hizo lugar a una demanda entre otros rubros por “daño ambiental residual” (o daño al ambiente en sí mismo), en relación a un deterioro o menoscabo del ambiente como sinónimo de bienestar público. Esta lesión es provocada a todos y cada uno de los sujetos, a quienes se haya deteriorado su hábitat, más allá de que existan daños derivados, fragmentarios o particularizados (in re “Maceroni, Francisco y otros v. Fabricaciones Militares y

otro”, C- 1º Federal La Plata, 06/09/1996, Juzgado Federal Nº 4, Sec. Nº 12, 04/05/1995, JA, 1998-II-262).

Otro fallo de actualidad en materia de daño ambiental es “Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional”, el cual, los actores, en ejercicio de derechos propios y/o representación de sus hijos menores, demandan ante la Corte Suprema de Justicia de La Nación , en instancia originaria, al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Matanza - Riachuelo por los daños que les habría ocasionado el vertido de residuos tóxicos y peligrosos en dicha cuenca hídrica. Asimismo, acumulan a esta acción la pretensión de condena a dar término y recomponer la situación denunciada. El tribunal se declara competente para conocer en la pretensión relativa al bien de incidencia colectiva, rechazando en cambio la acumulación pretendida. Los actores pretenden una medida cautelar innovativa y/o autosatisfactiva la creación de un "Fondo de Asistencia y Remediación Ambiental" o "Fondo de Compensación Ambiental", de carácter autónomo y de subrogación, mediante la afectación directa de recursos del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, en su calidad de coautores solidariamente responsables, de conformidad con el Art. 34 de la ley 25.675 General del Ambiente. En estas actuaciones se decidió convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de la Corte. La causa se halla aun pendiente de resolución definitiva.

En otro aspecto, la doctrina judicial más progresista sobre la materia (C. Civ. y Com. La Plata, Sala 2º, “Pinini de Perez v. Copetro”, JA, 1993-III-368) postula la naturaleza de daño físico, biológico o a la salud del daño ambiental, ya que importa un menoscabo de las potencialidades humanas, un estrechamiento de las chances vitales, como asimismo una disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial, con implicancias económicas patrimoniales y extrapatrimoniales (C. Civ. y com. La Plata, Sala 3º, “Sagarduy, Alberto v. Copetro”, JA, 1995-IV-178).

CAPITULO IV.

RECOMPOSICION DEL AMBIENTE. ALCANCE DEL TÉRMINO RECOMPOSICION:

La Constitución Nacional adopta el término recomposición en su artículo 41. En este sentido, hace referencia a la necesaria reparación al *status quo ante o in natura* del ambiente dañado. Como es sumamente dificultoso que las cosas puedan volver a su estado idéntico anterior luego de acaecido el daño, la reparación en este sentido podría ocurrir volviendo las cosas al *cuasi status quo ante*. De resultar esto imposible, podría considerarse el criterio de reparación pecuniaria. La reparación pecuniaria, también ofrece ciertas dificultades que se relacionan con el cálculo de la indemnización y el destinatario de la suma dineraria. La LGA ofrece elementos para abordar estas cuestiones que aun abren diversas dudas en cuanto a su implementación. Existen aspectos relacionados a los seguros y los fondos de restauración y compensación creados por la LGA a considerar.

El Principio Contaminador-Pagador

El Principio Contaminador- Pagador (PCP) es un criterio generalmente aceptado en la política ambiental. **"Este principio establece que el contaminador debe soportar los costos de las medidas necesarias para reparar los daños ambientales causados por la actividad por él desarrollada hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos por las autoridades públicas"**²³.

Ha sido utilizado por países de la Unión Europea desde comienzos de los 80. De tal forma, en Francia el Principio Contaminador Pagador es aplicado para lograr la internalización de los costos relacionados con la contaminación. El objetivo del mismo es de largo plazo y tiende a que los agentes económicos adopten de manera progresiva los mecanismos de eficiencia ambiental. Holanda, por su parte ha adoptado sistemas de autofinanciación, especialmente para aplicar a aquellos agentes contaminadores del agua y el

²³ Fundación de Ambiente y Recursos Naturales. Antecedentes de Regulación de la Calidad del Agua.2002.

ruido. Esta aplicación del Principio Contaminador Pagador permite al gobierno considerar a los contaminadores responsables de esos actos, y exigirles a cambio contribuciones para financiar actividades de manejo ambiental que la Administración debe realizar. Legalmente no es necesario que exista una relación directa entre el monto de lo que un individuo deba pagar por desarrollar una actividad contaminante y el costo del manejo respecto de ese tipo de contaminación. En concordancia con esto último, el gobierno holandés hasta 1991 cobraba una tasa de emisión por ruidos y contaminación del aire y desde ese año estos cargos han sido reemplazados por impuestos sobre los combustibles.

Ahora bien, este principio no puede ser entendido sino dentro de la idea general de los instrumentos económicos de protección y adecuación ambiental. La teoría económica establece, que si fuera posible dar un valor monetario al daño ambiental causado por la contaminación, se podría establecer un pago ambiental igual al costo del daño causado, y serviría de desaliento al comportamiento dañino no necesario por parte de los contaminadores. En consecuencia el nivel de contaminación resultante sería entonces teóricamente óptimo.

Los instrumentos económicos más usuales son: las tasas, las que pueden establecerse por emisión, sobre productos y administrativas; los permisos transables o comercializables; y los subsidios y sistemas de multas. Este tipo de instrumentos provee al mercado de señales en cuanto a la modificación de precios y deja la libertad de elección a los contaminadores, quienes pueden optar por la solución más beneficiosa entre las distintas posibilidades que se le presenten. En el caso de las cargas por contaminación: pagar el cargo o invertir en tecnologías adecuadas para el control de la misma”.

COMPENSACIÓN. ALCANCE DEL TÉRMINO

“Mas allá de la recomposición y de la indemnización ¿no existen otros mecanismos de protección ambiental?

...la compensación puede ser interpretada como una especie de recomposición simultánea del equilibrio ambiental y cuadra con la exigencia del Art. 41 de la Constitución Nacional. Si se puede exigir la recomposición (lo más), como no va a poder exigirse la compensación (lo menos), suponiendo que habláramos de hipótesis diferentes. La compensación es congruente -además- con el principio de prevención, de reconocida prosapia ambiental, que manda “prevenir los efectos negativos” sobre el ambiente, atendiendo “en forma prioritaria e integrada” a sus “causas y fuentes” (ley 25.675 Art. 4º).

Atendiendo a que la posibilidad de compensación ambiental encuentra sustento en la cláusula 41 de la Constitución Nacional, nos parece correcto que el Fondo de Compensación Ambiental creado por la Ley de Presupuestos mínimos 25.675 contemple expresamente –dentro de sus cometidos- “la compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente” (art. 34).”²⁴

SEGUROS AMBIENTALES

ANTECEDENTES Y EVOLUCION

Si bien en el mercado de seguro local se han emitido algunas pólizas de responsabilidad civil que incluyen algunas coberturas de contaminación ambiental, existen muchos supuestos no cubiertos por esas pólizas. La tendencia actual en el mundo es inclinarse a la especialización de los distintos riesgos, de forma tal que las pólizas de daños ambientales suelen contratarse en forma independiente y específica.

Lo cierto es que la historia comenzó en los Estados Unidos de Norteamérica, donde a partir de la década del 80´ surgieron las primeras pólizas ambientales.

²⁴ Rosatti, Horacio D. Derecho ambiental constitucional. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni; 2004.

No resulta abundante decir que el país del norte es el que cuenta con mayor experiencia en éste tipo de coberturas.

Pero, para llegar a la especialización mencionada, se debió recorrer un largo camino cuyo norte fue alcanzado recién en los albores de la década indicada. Esta evolución comienza antes de los años 40 donde cada póliza de seguro contratada en los Estados Unidos, y en casi todos los países del mundo, se relacionaba con un determinado riesgo. Así, encontrábamos las pólizas de responsabilidad civil, de incendio, de daños patrimoniales etc.

A partir de 1940 surgieron las llamadas pólizas “todo riesgo” (“all risk”) y las “póliza de responsabilidad civil comprensiva” (“Comercial General Liability” también conocidas como CGL). Ambos tipos de cobertura fueron diseñadas para cubrir cualquier tipo de riesgo potencial al que el asegurado pudiera estar expuesto, sin ninguna específica enumeración. A través de endosos, se excluían aquellos riesgos a los que las aseguradoras no otorgaban cobertura.

Originalmente, este tipo de coberturas cubrían, entre otros riesgos, todos los daños ocasionados por la contaminación al medioambiente en los supuestos de acreditarse que dicha pérdida no había sido ni intencional ni inesperada. Tales coberturas estuvieron vigentes con esa forma hasta el comienzo de la década del 70’.

Esa realidad se vio modificada a partir de que el gobierno federal del país del norte dictó una serie de normas de contenido ambiental que, hasta allí, eran escasas y débiles. Estas nuevas disposiciones llevaron a que se iniciaran numerosísimos reclamos contra los asegurados y, como consecuencia, contra las aseguradoras por lo que el mercado de seguros se vio obligado a excluir y/o limitar de una forma explícita los riesgos derivados de contaminación al medioambiente, so pena de enfrentar indemnización que podrían al mercado de seguros en una crisis existencial. “Concretamente se excluyó de las pólizas cualquier pérdida o siniestro ocasionado con la contaminación “gradual”, cubriendo solamente aquellos siniestros derivados de una contaminación

“súbita e inesperada” (“sudden and unexpected”) o “súbita y accidental” (“sudden and accidental”).

Estas limitaciones se fueron acrecentando con el correr del tiempo por lo que, debido a la cantidad de reclamos que debían enfrentar y la alta exposición a la que se veían enfrentadas las aseguradoras, en el año 1986 la industria adoptó la exclusión absoluta de los siniestro derivados de cualquier contaminación por lo que se inició el período de especialización de éste tipo de cobertura.

Es así que, luego de más de 40 años de evolución, ante el vacío creado por las exclusiones mencionadas y la gran cantidad de normas ambientales dictadas por el gobierno federal del país del norte, el mercado norteamericano de seguros se encontró en condiciones ofrecer a los asegurados coberturas ambientales. En este contexto, la Insurance Service Office (que en nuestro país se podría identificar con la Superintendencia de Seguros de la Nación), procedió a aprobar las primeras pólizas ambientales que, en la jerga asegurativa, se las conoce hoy en día como Environmental Impairment Liability (EIL) y se ofrecen en distintas formas y con diferentes alcances: Pollution and Remediation Legal Liability (PARLL) y Contractor Pollution Legal Liability (CPL)²⁵.

En pos de un sistema de responsabilidad que se vea acompañado de un respaldo para afrontar la recomposición, la LGA plantea la obligatoriedad de los seguros ambientales en su Art. 22. Ahora bien, dadas las peculiaridades del daño ambiental en cuanto a su prolongación en el tiempo, a las dificultades en torno a la identificación de su comienzo y también a su valuación económica, el seguro ambiental ofrece también características que presentan algunos escollos para su implementación práctica. Asimismo, la realidad del mercado asegurador en la República Argentina sumadas las problemáticas económicas, que a todas luces influye en las dificultades que también experimenta dicho mercado es estas latitudes. Este escenario presenta diversas opciones de contratación de seguros en el ámbito local, ya sea a través de la contratación

²⁵ Argañaraz Luque Martín G..Los Seguros y la Ley General de Ambiente. ¿Es operativa la norma que establece el seguro obligatorio?.Revista jurídica on line El Dial.com, 2005, julio; Disponible desde URL: www.eldial.com/suplementos/seguros/doctrina/se050217-a.asp

de pluralidad de aseguradores o de un asegurador local con respaldo o reaseguro de empresas extranjeras de seguros. Finalmente, será fundamental la necesaria consulta en el diseño de la reglamentación con la Superintendencia de Seguros de la Nación para favorecer la real aplicación y cumplimiento de este tipo de seguro.

Como se mencionó supra, el artículo 22 de la ley 25.675, ordena “toda persona física o jurídica pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente los ecosistemas y sus elementos constitutivos deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acción de reparación”.

Se señala que la propia naturaleza del seguro resulta incompatible con la especificidad de los daños ambientales: se plantean dificultades insoslayables como, por ejemplo, los supuestos de contaminación crónica o acumulada, la valoración del daño, la ausencia de información estadística o la magnitud de los daños ecológicos. Ante esta circunstancia, no es de extrañar que en la práctica, la totalidad del sector asegurador haya manifestado sus reticencias a admitir la cobertura del daño ambiental en sus pólizas de seguros o a crear una especial al respecto.

Particularmente ilustrativa se muestra a este respecto las experiencias norteamericana y españolas: en el primero de los países desde 1985 no se contratan seguros que cubran los riesgos de contaminación con bases de pólizas de responsabilidad general de explotación. En España aunque en principio este tipo de pólizas tuvieron cierto éxito en 1984 el mercado sufrió un colapso, de tal manera que sólo la compañía AIG siguió ofreciendo este producto.

Frente a este vacío se ha intentado a través de Pools aseguradores afrontar la cobertura de riesgos por contaminación. Esta figura se ha extendido ampliamente en Europa y en Estados Unidos: Así tenemos el famoso Pool francés (Assurpol), el Pool italiano Aquinamento, El Pool holandés MAS, el

Pool japonés Oil Pollution Liability Pool) el Pool estadounidense (PLI) o e incluso sistemas alternativos como el sueco que combina la participación de la industria concernida y los asegurados sobre la base de un seguro colectivo.

OPERATIVIDAD DEL ART. 22 LGA

El Art. 3º de la LGA dispone “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas, y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia...”

Del artículo se desprende la operatividad de todas las normas contenidas en la LGA, por lo tanto la cuestión referida a los seguros serían aplicables a partir de su promulgación, lo cierto es que el decreto 2413/2002 dispone que “diversos artículos del Proyecto de Ley requieren reglamentación por lo que resulta prudente observar la palabra “operativas” incluida en el artículo 3º del mismo” .

Numerosas cláusulas de la LGA que revisten el carácter de “programáticas” o sea que “proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma que las reglamente y que permita funcionar plenamente

La lógica jurídica nos dice que una norma necesitará reglamentación, entre otros supuestos, cuando la realidad y circunstancias fácticas y de mercado hagan imposible instrumentarla, caso contrario se estaría exigiendo el cumplimiento de una norma que resulta de imposible cumplimiento en la práctica, violando así principios básicos de nuestra Constitución Nacional.

Ahora bien, se dijo, la nueva ley establece:

1) la obligatoriedad de contratar un seguro ambiental con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición de un daño ambiental que se pudiera causar; y

2) la integración de un fondo de restauración ambiental, según las posibilidades de aquellas personas físicas o jurídicas que realicen actividades riesgosas para el ecosistema.

Con relación al seguro indicado, a la fecha es inviable para el mercado de seguros la implementación y oferta de este tipo de cobertura. Por lo que es imposible que, de la forma en que está redactado el mentado artículo, cualquier persona física y/o jurídica que ponga en peligro el ecosistema, consigan en el mercado el resguardo asegurativo que se pretende. Esta inteligencia ha sido seguida por distintos integrantes del Poder Legislativo quienes han presentado y se encuentran trabajando en proyectos legislativos a fin de convertir en viable la exigencia establecida en el Art. 22 de la LGA.

En efecto, miembros del Congreso Nacional, donde se trató y debatió la mentada ley, han solicitado al Poder Ejecutivo Nacional la creación de una comisión técnica para elaborar normas a fin de dar plena operatividad al seguro establecido por la LGA.

El Senador Marcelo A. H. Guinle, por pedido de informe N° 3724/04 - Proyecto de Comunicación - solicitó: "...al Poder Ejecutivo Nacional que a través del Ministerio de Salud y Ambiente, se constituya una comisión técnica asesora con representantes de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, el Consejo Federal del Medio Ambiente y la Superintendencia de Seguros de la Nación, a fin que elaboren las normas técnicas adecuadas para otorgar inmediata y plena operatividad a los seguros que cubran la contingencia de daño ambiental, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la ley 25.6752".

Los argumentos expuestos por el representante del pueblo radican en los siguientes puntos:

1) "...para garantizar el cumplimiento de la obligación efectiva de remediación ambiental, un aspecto esencial de la normativa, es la establecida en el artículo 22° de la LGA... y a más de dos años de vigencia de la LGA, hasta la fecha esta norma no es operativa atento no haber sido reglamentada ni previstos aspectos instrumentales relacionados tanto con el seguro de cobertura por responsabilidad civil de daño ambiental, como del fondo de restauración ambiental";

2) “La LGA determina la "obligatoriedad" de contratación de un seguro que tiene evidentes complejidades técnicas y económicas y según el caso también en muchas actividades se debería integrar también "un fondo de restauración ambiental", entiendo que resulta imperioso que en el menor lapso de tiempo posible los titulares de actividades que potencialmente tengan la virtualidad de generar daños al ambiente, contraten estos seguros y aún según el caso, integren un fondo de restauración ambiental, para así contribuir en forma efectiva a garantizar el pleno goce de un ambiente sano”;

3) “El desafío no es menor y el tiempo transcurrido desde la vigencia de la LGA hace más imperioso que todos los aspectos relacionados con la remediación ambiental sean plenamente operativos, sin perjuicio de lo cual reconocemos que la envergadura de la cuestión y su complejidad técnica ha determinado que aún en las sociedades desarrolladas la materia haya tenido soluciones disímiles, tanto en relación con los alcances de las coberturas como así también en relación con el sistema de contratación de los seguros, muchas veces realizado a través de grupos de aseguradoras o de complejos contratos de reaseguros”; y

4) “...teniendo en cuenta la realidad del mercado asegurador nacional, los costos de un seguro que brinde plena cobertura ante la eventualidad de la generación de un daño ambiental, hacen que se deba extremar los estudios técnicos que posibiliten implementar en el corto plazo un seguro obligatorio para que múltiples actividades que tienen un alto impacto en el ambiente, cuenten con cobertura suficiente para remediar el daño ambiental que puedan llegar a generar”.

Las asociaciones y cámaras que nuclean empresas con actividades riesgosas para el ambiente y los ecosistemas también han realizado propuestas con el fin de reglamentar el Art. 22 de la mentada ley, a continuación, algunas de las recomendaciones referidas a los seguros ambientales, presentada por la Cámara de Comercio Argentina Norteamericana (AMCHAM) ante el Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable:

“1. Establecer un tope máximo del monto que una persona física y/o jurídica deba asumir por el riesgo de responsabilidad ambiental súbita, accidental e imprevista. Dicha suma podría estar fijada por la actividad y/o facturación de cada persona física y/o jurídica, y será la suma mínima asegurada para la póliza de responsabilidad ambiental, cuando el hecho se produzca en forma súbita, accidental e imprevista.

2. Establecer un tope máximo del monto que cada persona física y/o jurídica deba asumir por el riesgo de responsabilidad ambiental gradual. Dicha suma podría estar fijada por la actividad y/o facturación de cada persona física y/o jurídica, y será la suma asegurada para la póliza de responsabilidad ambiental, cuando el hecho se produzca en forma gradual.

3. Suspender transitoriamente la exigencia del aseguramiento para con la cobertura de responsabilidad por daño ambiental cuando el hecho se produzca en forma gradual a raíz de la falta de mercado de seguros y reaseguros suficiente para colocar dicha cobertura.

4. Para que los puntos 1 y 2 puedan implementarse adecuadamente, se requiere que la Superintendencia de Seguros de la Nación dicte la normativa correspondiente a los seguros de responsabilidad ambiental, sobre la base de experiencias y legislación internacional en la materia.

5. El Estado Nacional y/o las provincias y/o cualquier otra entidad estatal, ya sea conformada como una empresa o como autoridad de aplicación, no deberá ser ajeno ni eximido de responsabilidad bajo esta ley, dado que juega un rol imprescindible en cuanto a la fijación de parámetros ambientales y contralor de las actividades sujetas a la contratación del seguro ambiental.

6. Deberá preverse que el Fondo de Compensación Ambiental transfiera los riesgos derivados de las responsabilidades fijadas por esta ley a un asegurador bajo una póliza “paragua”, la cual operará en exceso de las pólizas primarias tomadas por las personas físicas y/o jurídicas según puntos 1 y 2 . En dicha

póliza se deberá incluir como asegurados adicionales a todas las empresas que tributen a dicho Fondo.

7. De darse lo previsto en el punto 3, el Fondo deberá conformar un autoseguro específico para este riesgo, con el aporte de las “primas” no pagadas correspondientes al punto 2. Este autoseguro actuará, también, en exceso de las pólizas primarias tomadas por las personas físicas y/o jurídicas según puntos 1 y 2.”

En este contexto, esta norma, sin reglamentación alguna, es letra muerta tal como ocurre con varias normas bien conocidas.

Con relación a cuestiones ambientales como las que se debaten en autos, existen varias normas que se refieren a un seguro pero, en la práctica, la realidad llevó a que esa exigencia no pueda cumplirse por falta de mercado de seguro. Entre ellas encontramos la ley 25.612 de Gestión de Residuos Industriales y Actividades de Servicios, que en sus artículos 27 y 38 establecen que el transportista de ese tipo de residuos podrá contratar un seguro con entidad suficiente para asegurar la recomposición de los daños que pudiera ocasionar al medio ambiente, y la ley 25.670 de Gestión y Eliminación de los PCB's que en su Art. 9 también se refiere a la necesidad de que las personas físicas o jurídicas que lidien con esos productos podrán contratar un seguro que cubra la responsabilidad civil por los posibles daños causados al medioambiente.

Ambas leyes, al referirse a este punto, establecen que la contratación de ese seguro estará sujeta a la reglamentación de la norma que, a la fecha, no existe.

Así las cosas, obligar a cualquier persona física y/o jurídica a hacerse eco de una norma que, sin ser reglamentada, es de cumplimiento imposible las pondría a aquellas en una situación que no tiene parangón ni lógica jurídica alguna.

LOS FONDOS AMBIENTALES (FAs). CONCEPCION. UTILIDAD

CUANDO SON LA HERRAMIENTA CORRECTA

A continuación, se refleja una síntesis de aquellos puntos relevantes para concebir los beneficios de la implementación práctica de un Fondo Ambiental y cuándo es la herramienta jurídico-económica apropiada.

- “Los FAs son adecuados cuando los asuntos tratados son a largo plazo y requieren de una respuesta continua a lo largo de un número de años.
- Los FAs se pueden estructurar como fondos de capital, fondos extinguidos, fondos revolventes o una combinación de éstos.
- Los FAs son adecuados cuando las agencias existentes no pueden manejar de manera efectiva la cantidad de fondos y las actividades necesarias para tratar el problema
Debe existir una comunidad de organizaciones capaz de implementar la variedad de actividades necesarias para lograr el objetivo.
- Los FAs no pueden alcanzar el éxito sin el apoyo activo del gobierno y una amplia participación de una comunidad de agencias y organizaciones que puedan trabajar juntas a pesar de sus diferencias.
- Los FAs sólo pueden operar en un ambiente de riguroso control de registros, transparencia, y con sistemas confiables de contratos, bancarios y de auditoría.

Distintos tipos de fondos.

Fondo de capital: fondo que gasta sólo el ingreso a partir de su capital, conservando el capital en sí como activo permanente.

Fondo extinguido: fondo que gasta su ingreso total del principal y de la inversión a lo largo de un período fijo de tiempo, que es, por lo general, relativamente largo.

Fondo revolvente: fondo que recibe nuevos ingresos sobre una base regular – tales como ganancias provenientes de impuestos especiales, cuotas de usuario, etc. – para regenerar o aumentar el capital original.

A lo largo de la década pasada se han establecido fondos ambientales en muchos países como una forma de proporcionar financiamiento a largo plazo para la conservación de la biodiversidad y otras actividades ambientales. Por lo general los fondos ambientales son creados y administrados por organizaciones privadas, y se capitalizan a través de subsidios de los gobiernos y de agencias donantes, de ganancias de intercambios deuda-naturaleza, y con los impuestos y cuotas asignadas específicamente para la conservación. Los fondos buscan proporcionar un financiamiento más estable para los parques nacionales y otras áreas protegidas, o bien, subsidiar organizaciones privadas y grupos comunitarios, para proyectos que expandan la comprensión de la conservación y que conserven la biodiversidad utilizando recursos de manera más sustentable.

Una reciente evaluación llevada a cabo por el Fondo Mundial para el Medio Ambiente, Experiencia con los Fondos de Capital para la Conservación, encontró que la mayoría de los FAs de éxito eran más que simples mecanismos financieros. Estos FAs tenían la capacidad de actuar como organizaciones independientes al ejercer influencia sobre su ambiente para crear programas efectivos, sensibles y enfocados. Eran el producto de amplios procesos consultivos. Presentaban estructuras reguladoras que involucraban a gente de diferentes sectores, procedimientos operacionales creíbles y transparentes, y prácticas sólidas de administración financiera. La creación de un fondo de capital de estas características requiere de una inversión importante de tiempo y recursos, además de un compromiso a largo plazo para construir una nueva institución.

Una de las preguntas formuladas con mayor frecuencia acerca de los fondos ambientales consiste en si las ventajas de crear un fondo pesan más que las desventajas de inmovilizar el capital para generar ingresos relativamente modestos por un largo periodo de tiempo. Sin embargo, la elección de los enfoques depende de lo que un programa esté tratando de lograr, por lo que no puede decidirse únicamente tomando en cuenta cuestiones financieras.”

En conclusión, los fondos ambientales son adecuados cuando las amenazas al medio ambiente en cuestión son a largo plazo y requieran de una respuesta continua a lo largo de un número de años. Los FAs no son la solución cuando la problemática ambiental en cuestión enfrenta amenazas importantes y urgentes que requieran de la movilización de grandes cantidades de fondos en un corto periodo de tiempo.

En términos financieros, los FAs pueden estar estructurados de tres formas. La creación de un fondo de capital permite que el capital sea invertido. Solamente los dividendos de dichas inversiones se usan para financiar las actividades del fondo. Los fondos extingüibles desembolsan su ingreso principal y de inversión total a lo largo de un período fijo, por lo general relativamente largo, por ejemplo, de 10 años. Los fondos revolventes permiten recibir nuevos recursos sobre una base regular – tales como ganancias a partir de impuestos especiales asignados para pagar programas de conservación – que pueden regenerar o aumentar el capital original del fondo y proveer una fuente continua de dinero para actividades específicas. Cualquier fondo en particular puede combinar estas características como parte de su mezcla de recursos. Los fondos ambientales de capital pueden ser adecuados para actividades continuas tales como para cubrir costos básicos de administración de áreas protegidas. Los proyectos a corto plazo pueden ser mejores para necesidades inmediatas, como el desarrollo de infraestructura. Entre estos dos extremos, los fondos extingüibles pueden proporcionar un apoyo previsible, pero a mediano plazo, para las actividades que concluyen eventualmente, y por lo general se otorgan a organizaciones cuyas capacidades se han incrementado, o que han desarrollado otras fuentes de financiamiento recurrente.

Otra cuestión importante al considerar la creación de un FA es identificar si alguna agencia existente puede manejar de manera efectiva la cantidad de fondos y las actividades necesarias para tratar el problema. Los retos ambientales a menudo requieren de nuevas instituciones que provean administración financiera a largo plazo y que promuevan enfoques participativos e incluyentes para definir las prioridades y evaluar las propuestas de proyectos. En estos casos, las estructuras públicas y privadas comúnmente adoptadas por los FAs pueden ofrecer ventajas, incluyendo la capacidad de programar los desembolsos para uso efectivo.

Otro factor a considerar consiste en determinar si existe una comunidad de organizaciones capaz de implementar la gama de actividades necesarias para alcanzar el objetivo ambiental que se busca. Esto incluye no sólo a organizaciones que implementan actividades a nivel campo, sino también a instituciones de apoyo que puedan llevar a cabo el monitoreo y la recopilación de datos, ayuden en la concientización, brinden educación ambiental, y ofrezcan capacitación en administración para fortalecer a los grupos locales. Los FAs han mostrado habilidad para trabajar de manera flexible en el fortalecimiento de capacidades de organizaciones asociadas. Por ejemplo, algunos fondos ayudan a organizaciones receptoras potenciales a planear mejor sus actividades y a fortalecer sus habilidades de administración interna. También colaboran con otras instituciones para mejorar la comprensión de las amenazas al medio ambiente, y expandir los esfuerzos de educación ambiental.

Es importante cuestionar si los procedimientos operacionales existentes son los adecuados para las actividades de conservación necesarias. Algunos FAs han sido capaces de pasar por encima de obstáculos administrativos y desarrollar alternativas para los procedimientos burocráticos que dificultan que el dinero llegue al campo de manera oportuna. En algunos casos, los sistemas gubernamentales de abastecimiento y contabilidad no son los adecuados para manejar los gastos comunes en áreas protegidas remotas, donde pueden existir muchos gastos pequeños para los que no se dan recibos formales. Los FAs que operan como instituciones privadas ofrecen la oportunidad de trabajar con un sistema más empresarial para los controles y la administración financiera, a la vez que aseguran transparencia y asumen responsabilidad ante los contribuyentes y otras partes interesadas.

Es posible que no sea necesario crear una nueva institución donde las agencias existentes ya operen de manera participativa y transparente. Sin embargo, cuando existe la necesidad de una nueva institución que sea responsable ante sus participantes y que incluya a líderes de diferentes sectores para la creación de mecanismos abiertos e incluyentes, un FA puede ser un enfoque efectivo.

La evaluación del GEF concluyó que son esenciales dos condiciones para el éxito de un fondo ambiental.

En primer lugar, debe existir apoyo activo por parte del gobierno – no sólo consentimiento o acuerdo – participar en un mecanismo combinado de los sectores público y privado, en el cual el gobierno participe activamente y la institución opere más allá del control directo de éste. Los fondos más efectivos cuentan con amplio apoyo gubernamental a todos los niveles – desde líderes políticos de alto rango hasta organismos regionales y locales, extendiéndose más allá de los departamentos de medio ambiente incluyendo a ministerios de finanzas y planeación. En segundo lugar, es importante que exista una masa crítica de diversos sectores de la sociedad – ONG, gobierno, sectores educativos y privados, y agencias donantes – que puedan trabajar en conjunto a pesar de sus diferentes enfoques hacia la conservación y el desarrollo sustentable. Es necesaria una visión en común para que el FA pueda materializar sus numerosas ventajas potenciales. El desarrollo de este apoyo y visión puede requerir de una substancial promoción a través de amplias consultas y recomendaciones, a menudo por largos períodos de tiempo.

Cuando las posibilidades de cumplir con estas dos condiciones son pocas, un FA no es la aproximación adecuada.

Los fondos ambientales pueden proporcionar una fuente constante de recursos sólo si su capital se invierte prudentemente y se administra en forma correcta. La responsabilidad ante los contribuyentes y el público requiere de métodos rigurosos de registro y de auditorías regulares e independientes. El desempeño óptimo depende de la capacidad del fondo para confiar en, y hacer cumplir los contratos celebrados con, los implementadores de los proyectos, los proveedores de asistencia técnica y otros. De esta forma, un FA exitoso debe implementarse en un ambiente que integre sistemas bien implementados, tanto bancarios como de auditorías y contratación, incluyendo la legislación y supervisión adecuadas. Cuando estos sistemas son inexistentes o no confiables, es preferible abordar el proyecto con diferentes protecciones y condiciones.”²⁶

²⁶ Scott E. Smith. ¿Qué es un fondo ambiental, y cuándo es la herramienta correcta para conservación?. En: Ruth Norris. Manual de Fondos Ambientales del IPG. Un cuaderno de consulta para el diseño y operación de fondos ambientales. 1º edición. N. Y. 10-14. Traducción al español a cargo de RedLAC Red de Fondos Ambientales de Latinoamérica y el Caribe. Monterrey, México 64010

LGA: TRIPLE GARANTIA FINANCIERA: SEGUROS, FONDO DE RESTAURACION, FONDO DE COMPENSACION AMBIENTAL

Del mismo modo el artículo 22 de la LGA dispone que: "(...) según el caso y las posibilidades, el obligado a la contratación del seguro podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación".

En efecto, en el mundo existen varios tipos de fondos, de acuerdo con su modo de operar y la regulación normativa de cada país.

En el artículo 34 de la ley se crea un fondo de compensación ambiental, el cual será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción, cuya integración, composición y destino del fondo serán tratados por ley especial, a la fecha pendiente de tratamiento.

Ahora bien, se desprende de la LGA, la posibilidad de la coexistencia de tres tipos de garantías financieras tendientes a la recomposición de los daños ambientales: el seguro ambiental, el fondo de restauración y el fondo de compensación ambiental.

“Las dos primeras que surgen del artículo 22 van de la mano, con características similares y elementos en común pueden coexistir en forma complementaria una y otra, o ante la falta de seguro ambiental en el mercado, los sujetos obligados a la contratación del seguro podrían crear sus propios fondos de reparación mediante estructuras jurídicas adecuadas y ágiles como los fideicomisos de garantía.

Respecto del fondo de compensación ambiental, dispone la Ley General del Ambiente (artículo 34) que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de los efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales y la protección, preservación conservación o compensación de los daños causados a los sistemas ecológicos y el ambiente.

El mismo requiere de una ley especial que aún no fue sancionada que deberá disponer su integración, composición, administración y destino.

Este fondo no está destinado específicamente a reparar un determinado infortunio ambiental, como lo hacen la mayoría de los fondos. Tal es el caso del

Superfondo (CERCLA) de los Estados Unidos para lugares contaminados con sustancias peligrosas. También el del Fondo de Minamata del Japón instituido en 1973, o el creado por las empresas petroleras TOVALOP en 1969 - complementado por el CRISTAL en 1971- para afrontar la responsabilidad por derrames en el mar que impone la Convención de Bruselas del 18 de diciembre de 1971”²⁷

En síntesis, con el fin de garantizar la recomposición la LGA, establece la participación de la comunidad proponiendo a cada parte un papel en este nuevo desafío y solicitando a las aseguradoras su participación tanto en un rol de contralor preventivo como en un papel netamente asegurador. Así como también a los sujetos obligados la contratación de ese seguro, o en su caso, la creación de sus fondos de reparación, complementariamente con el seguro o en forma única, resultando fundamental el desarrollo de mecanismos de prevención.

²⁷ Brill Rosana y Valls Claudia. Seguro Ambiental: Oportunidad para las compañías de seguros. Revista Todo Riesgo.2004, diciembre; 34: 15-19.

CAPITULO V.

FONDO DE COMPENSACION AMBIENTAL. NECESIDAD DE PROCURARLE OPERATIVIDAD. FUNDAMENTOS.

La LGA en su artículo 22 estatuye la posibilidad de restauración ambiental. Son conocidas las ventajas e inconvenientes de funcionamiento de los fondos, que pueden conducir a un fenómeno de desvanecimiento de la responsabilidad civil, aunque constituye una forma de reparar el daño ambiental cuando la acción de responsabilidad no se puede ejercitar, porque se sabe que se ha producido un daño y se sabe que ha sido por causa de la contaminación pero persisten distintos obstáculos que impiden accionar frente a los tribunales.

Frente a los problemas de ausencia de un responsable, imposibilidad de demostrar el nexo causal, contaminación histórica, crónica o autorizada por el ente público, el fondo de garantía, se presenta como un mecanismo ideal para superar estos inconvenientes. Claro está que conforme la ley, se lo regula como una VIA FACULTATIVA que posibilite la instrumentación de reparación. Nada se dice acerca de las vías de financiación del fondo, cuestión que será objeto de propuesta del presente trabajo.

Este Fondo de Compensación Ambiental, sería en realidad un fondo de garantía colectiva, de los que se citaron anteriormente como antecedentes, al tratar el llamado Fondo de Restauración Ambiental y de los que existen experiencias internacionales y nacionales en el derecho comparado relevantes. La vía de financiación del Fondo por lo general conlleva tasas impuestas al colectivo de potenciales sujetos agentes, multas, y recursos obtenidos a través del ejercicio de la acción de regreso contra el verdadero responsable. Esta alternativa implica mayores costos para la actividad industrial, aunque ya se ha señalado las ventajas que representa como mecanismo de facilitación de la reparación a la víctima.

Las desventajas es que siendo el Fondo de carácter público, es probable que produzca una mayor burocracia; y conduzca a una socialización del riesgo indeseable, que induce a los responsables a una menor diligencia que si se les

hiciera directamente responsables de sus conductas dañosas. No obstante, la opinión global sobre ello es positiva, como complemento del instituto de responsabilidad, y por el otro lado, hay que tener presente, en todo caso, el Fondo posee una acción de regreso frente al verdadero responsable.

Asimismo la necesidad de darle operatividad al Fondo de Compensación Ambiental, radica básicamente en dos cuestiones: el desarrollo sustentable de la nación y en la posibilidad que brindan de compensar, logrando un equilibrio entre los daños generados y la restauración de los mismos, en su defecto la indemnización monetaria, cumpliendo función de garantía, complementaria y subrogatoria.

Los fondos de compensación son sistemas de indemnización conjunta.

La alternativa de los fondos de compensación surgió en los años '70 para hacer frente a los crecientes problemas de la contaminación, teniendo a la vista las restricciones existentes en materia de responsabilidad y más aún en el mercado del seguro.

“A diferencia del régimen de seguros, el Fondo permite una cobertura más amplia y expedita del daño ambiental:

(a) Más amplia, porque permite resolver los problemas de daños por contaminación, aún los causados por el normal funcionamiento de las instalaciones, por contaminación crónica, por contaminación originada en el pasado o por contaminación originada en una infracción a la ley, todos ellos generalmente excluidas de la cobertura de los seguros por daño ambiental. Adicionalmente, este sistema no prevé un monto límite para la responsabilidad, aunque éste quede en definitiva, limitado de hecho por la disponibilidad de dinero existente en el Fondo.

(b) Más expedita, frente al tradicional mecanismo de la responsabilidad civil caracterizada por la dificultad de su prueba, amén de la lentitud de sus procedimientos, combatiendo de esta manera el problema puesto de manifiesto entre otros en el Fallo “Duarte c/ Opalinas Hurlingham s/ daños y perjuicios”, también muy bien ejemplificado cinematográficamente en los Estados Unidos

en las películas de Erin Brocovich o “Una Acción Civil”, en las que la indemnización llega tarde ya que el sujeto activo de la acción murió.”²⁸

El desarrollo sustentable

Como se dijo supra otro de los pilares que sustentan la idea de brindar funcionamiento a un fondo ambiental es el desarrollo sustentable, para ello a continuación se intenta desentrañar lo que se entiende por desarrollo sustentable.

En el trabajo de comisión que se realizó en la Asamblea Constituyente de 1994, se dijo: "En esto se siguió la idea enunciada por la Comisión Brundtland, de Naciones Unidas, sobre el "desarrollo sustentable" donde se dice, en otras palabras: usemos lo que necesitemos de la naturaleza, pero asegurando que los que vengan después de nosotros no sean privados de tales bienes. Por eso el desarrollo debe ser sustentable, debe poder mantenerse y conservar aquellas cosas en las cuales se sostienen. Textualmente el informe Brundtland había dicho: "El desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas". En menos palabras se dijo lo mismo que las Naciones Unidas."

Una primera aproximación puede ser realizada utilizando un enfoque utilitarista; de tal modo el desarrollo sustentable sería aquel que maximiza la utilidad a través de generaciones.- Cada generación humana tiende a maximizar el uso de la naturaleza; cada generación tiene un mejor nivel en base a los éxitos de la anterior; cada generación tiene una menor disposición de recursos consumidos por la anterior.- Esta suerte de contabilidad ambiental intergeneracional tiene un obstáculo de tipo técnico, cual es la mensurabilidad.-

Otra aproximación al tema, que intenta salvar los límites que presentan las mediciones, es el que toma en cuenta la oportunidad.- Cada generación tiene que proveer a la siguiente un cúmulo de oportunidades mayor que el que ha recibido de la anterior, incluyendo el disfrute ambiental.- También es difícil

²⁸ Valls de Rossi Mariana. Daño Ambiental. Los fondos de garantía y compensación (quinta entrega). Suplemento de Derecho ambiental. Revista el Dial.com.-Ed. Albremería. 2005. 12-6.

establecer una medición razonable y términos de comparación entre oportunidades entre tiempos y culturas distintas.

También se ha desarrollado la noción de "capital natural", y dentro de ella, el distingo entre "recursos renovables y no renovables".- Una generación transmite a otra su capital cultural y natural, y esta última podría aceptarlo o modificarlo, porque piensa que ese estilo de vida no le conviene.- A fin de mantener esa capacidad de decisión y la oportunidad de decidir habría obligar a la generación precedente a no afectar aquella parte del capital natural integrada por los recursos no renovables.

Una u otra concepción encierra la idea de preservación ambiental, idea que solo puede ponerse en práctica a través de la implementación del Fondo de compensación Ambiental.

NECESIDAD DE OPERATIVIDAD DEL FONDO DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL: PLANTEO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La necesidad de creación del FCA está siendo actualmente planteada ante la Corte Suprema que ya incorporó a su agenda el problema ambiental: tiene en análisis una causa millonaria por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo.

“La demanda, extensa y muy bien elaborada, fue promovida hace dos años por el jurista Jorge Mosset Iturraspe, que patrocina a 150 vecinos que viven en la ribera de ese curso de agua...

El asunto es delicado. Desde el punto de vista jurídico y ambiental, la cuenca Matanza-Riachuelo, de 64 kilómetros, recibe desechos cloacales de los vecinos y volcados químicos de muchas firmas allí asentadas, lo cual afecta a 4,6 millones de personas...

A partir de una incontestable realidad, la demanda reclama indemnización por los daños sufridos por los vecinos y que la Corte disponga, como medidas cautelares, atención médica y la creación del Fondo de Compensación

Ambiental, que fue previsto por la ley de política ambiental, número 25.675, pero que nunca se puso en marcha ni recibió los fondos respectivos...

La Justicia, por eso, debe preocuparse por demostrar, más allá de cualquier margen de duda posible, el grado de responsabilidad de cada empresa en la contaminación...

Un asunto causa particular sensibilidad en los jueces de la Corte: si el tribunal llegara a ordenar la creación del Fondo de Compensación -que necesitará un presupuesto millonario-, debería tomar algún recaudo para evitar que un eventual desmanejo político o administrativo de esos fondos termine por perjudicar a los jueces...²⁹.

FUNCIONES DE LOS FONDOS AMBIENTALES

Los fondos existentes adoptan distintas técnicas conjunta o alternativamente para lograr su objetivo compensatorio. Las siguientes funciones se abstraen de los mismos:

(a) Función de garantía: actúa independientemente del régimen de responsabilidad o de solvencia del responsable, cuando la víctima no obtiene indemnización, no se identifica a un responsable o éste resulta insolvente.

(b) Función complementaria: actúa cuando el daño excede el límite máximo fijado para la responsabilidad o cuando existe insolvencia del responsable, complementariamente al sistema de responsabilidad.

(c) Función subrogatoria: repara inmediatamente el daño y luego tramita su repetición por parte del responsable, subrogatoriamente al sistema de responsabilidad.

²⁹ Ventura Adrián. Temas de la Justicia. El Riachuelo, las empresas y la Corte. La Nación 2006 Mayo 24; Secc. Política.: 15 (col. 1,2)

También existen los Fondos autónomos que operan en los casos de daños por orígenes no identificados. En estos Fondos no resulta necesario probar la responsabilidad de nadie, basta con probar que se ha sufrido un daño concreto.

FONDOS AMBIENTALES. DERECHO COMPARADO

Los fondos ambientales, son herramientas utilizadas en el exterior hace mucho tiempo, es por ello que deben analizarse para adquirir los conocimientos y experiencias en su conformación, administración y financiación, entre otros.

El caso de Estados Unidos de Norteamérica. CERCLA. (*Comprehensive environmental response compensation and liability*)

“La versión final de CERCLA fue aprobada en 1980 durante la administración del Presidente Carter. Originalmente se dotó al programa de un fondo de U\$S 1.600.000.000, pero luego este fondo fue ampliado mediante la reforma del Superfondo del año 1986 conocida como SARA (*Superfund Amendments and Reautorización Act*) –ley de reautorización y reforma del Superfondo-...

La estructura básica de CERCLA, de la cual vale aclarar, el fondo en sí es sólo una parte, comprende cuatro actividades o elementos básicos:

- a) Detectar los sitios contaminados con residuos químicos y otras sustancias peligrosas.
- b) Encomendar al Estado Federal su limpieza y remediación
- c) Crear un fondo para solventar estas limpiezas (el superfondo)
- d) Establecer la obligación de los responsables (PRPs) de contribuir en la limpieza y solventar los demás gastos que la misma ocasione.

A continuación se analiza cada ítem en particular:

- a) Detección de los sitios contaminados. La NPL: La norma establece un sistema de relevamiento de sitios contaminados por residuos químicos y sustancias peligrosas.

Este relevamiento se hace no sólo sobre la base de información pública (nacional o estadual) disponible, sino también a través de la imposición a los dueños u operadores de sitios de almacenamiento o disposición de residuos, de identificar e informar las sustancias peligrosas dispuestas en sus instalaciones.

A los efectos de la norma, se entiende por sustancias peligrosas las sustancias que la autoridad administrativa designe como tales, de acuerdo con las normas ambientales de fondo, tales como la Ley de Aire Puro (*Clean Air act*), la ley para la conservación y recuperación de Recursos (Ley sobre residuos peligrosos)

(*Resoure Conservation and Recovery Act*), la ley de agua pura (*Clean Water Act*) y la ley sobre control de sustancias tóxicas (*Toxic Substances Control Act*).

Específicamente excluidos del CERCLA se encuentran el petróleo, el gas natural y las mezclas de los mismos.

Con la información relevada, se confecciona la Nacional Priorities List (Lista de Prioridades Nacionales), un listado de los sitios mas contaminados de la nación, clasificados conforme su peligrosidad.

b) Acción del Estado:

Cuando no es posible detectar a los potenciales responsables de la contaminación (denominados PRPs, Potencial Responsible Parties, partes potencialmente responsables), o si detectados, éstos no llevan adelante medidas adecuadas para su limpieza del sitio, el Gobierno Federal (EPA) está facultado a llevar adelante (por sí o a través de contrataciones de servicios) acciones correctivas, las que pueden ser de largo plazo (remediación) o de corto plazo (remoción).

En cualquiera de los casos, las acciones que encare la EPA deben estar de acuerdo con el NCP (Plan Nacional de Contingencia).

c) Financiamiento del sistema:

El sistema así creado se financia con ciertos impuestos sobre la producción de sustancias químicas y otras sustancias, con rentas generales y con los fondos

recuperados de los PRPs. Asimismo, los gobiernos estatales deben contribuir con un 10% de los costos de remediación.

d) Responsabilidad de los PRPs:

La norma establece un sistema de responsabilidad de tipo objetivo y solidario entre los PRPs, definiéndose como tales a los propietarios de las instalaciones o buques, a los operadores de los mismos al tiempo de las descargas contaminantes, a los contratistas de los mismos y a las plantas de tratamiento o disposición final de residuos. La solidaridad entre los PRPs puede ser limitada mediante acciones de de “asignación” de responsabilidad, en las que se invierte la carga de la prueba.

La responsabilidad alcanza a los costos de acciones de remediación o remoción emprendidos por el gobierno nacional o estatal que no estuvieran fuera de lo previsto en el NCP, a los otros gastos necesarios en los que hubiera incurrido por cualquier otra persona- con la misma limitación en el NCP- y a los daños a los recursos naturales.

Como se deduce de lo hasta aquí reseñado, la actividad del Estado resulta de especial relevancia para el funcionamiento del sistema de Superfondo.

A continuación se detalla cómo se estructura un típico procedimiento bajo el sistema de Superfondo y cuál es la intervención que compete a la EPA.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONFORME CERCLA

Al implementarse la normativa de Superfondo, el objetivo político de la misma fue el de lograr, ya fuera a través de métodos voluntario, como media en la acción de autoridades de aplicación, la intervención de las personas privadas en la limpieza de los sitios de la NPL. Sin embargo, ninguna acción de limpieza encarada bajo la ley de Superfondo se concreta sin la previa y expresa intervención de los gobiernos federal y estatales, quienes determinan la necesidad de llevara adelante las medidas de remediación y remoción.

Bajo la normativa del Superfondo, el procedimiento de limpieza de un sitio contaminado debe cumplir con diversas etapas, todas ellas reguladas bajo CERCLA. Estas etapas son:

1. Identificación del sitio

Los sitios cuya remediación ingresará al ámbito del financiamiento del Superfondo, pueden ser detectados tanto por el gobierno federal cuanto por los gobiernos estatales o incluso, por particulares y empresas. Todos los sitios así denunciados se integran en un registro que lleva la EPA.

2. Evolución preliminar

Una vez incorporado el sitio al sistema, se realiza una evaluación preliminar a través de la cual se intenta determinar cuál ha sido el uso que se le ha dado al sitio en el pasado, cuales han sido los residuos vertidos y se evalúa la prioridad que representa el sitio. Si el sitio amerita tratamiento, se lleva adelante una Inspección del sitio. Si de la inspección resulta que por las características que presenta el sitio, el mismo no representa amenaza- o que la misma es menor- se cierra el procedimiento o se posterga su tratamiento.

3. Ingreso a la NPL

Si el sitio alcanza ciertos parámetros preestablecidos, ingresa a la NPL, lo que significa que ha calificado para la utilización de fondos federales para su limpieza. En tal caso, el Estado puede optar entre dos opciones, a) realizar la limpieza por su cuenta, con fondos federales del Superfondo e iniciar acciones de recupero contra los PRPs; o b) emitir una orden imponiendo la carga de limpiar el sitio sobre algún particular. En general estas ordenes se emiten contra los PRPs. Las ordenes de limpieza que son desobedecidas, dan derecho a la EPA a aplicar una multa diaria por cada día de retraso en el comienzo de las tareas.

4. Estudio de factibilidad de remediación

Durante la próxima etapa se desarrollará este estudio mediante el cual se evalúan las características del suelo y subsuelo del sitio, condiciones hidrológicas, meteorológicas, etc.; composición de los contaminantes encontrados, concentración de los mismo, y el peligro que el sitio significa para la población vecina. Se estudian las diferentes metodologías para proceder a la limpieza del sitio y finalmente la EPA emite una notificación –

denominada Record of Decisión (ROD), mediante la cual se da a conocer el procedimiento de remediación seleccionado.

5. Diseño y ejecución de la remediación

Una vez elegido el método de remediación y emitida la ROD, se hace el diseño de la remediación (es decir en la práctica como va a ser desarrollado) y las tareas comienzan. El control del cumplimiento de diseño de la remediación está a cargo de la EPA.

RESPONSABILIDADES. Los PRPs.

Como se dijo supra, ante la detección de un sitio contaminado, las opciones del estado son dos:

- a) llevara adelante la remediación y recuperar los gastos de los PRPs, y b) emitir una orden de remediación, mediante la cual se imponga a ciertas personas la limpieza del sitio.

Como se dijo un PRPs significa Parte Potencialmente Responsable y hemos visto brevemente hasta dónde alcanza su responsabilidad.

CERCLA define que son los PRPs, de la siguiente manera:

- El dueño u operador de una instalación que presenta contaminación con sustancias peligrosas o que la genera, independientemente que hubiera participado en la disposición de las sustancias que generan la contaminación. La responsabilidad alcanza tanto al dueño de la instalación o sitio tanto como a su operador (por ejemplo si el sitio estuviera alquilado). Esta definición incluye a los gobiernos tanto estatales como federal y municipal;
- La o las personas que tenían tal carácter al tiempo de las “descargas” de las sustancias que generaron la contaminación, aún cuando ya no tuvieran instalaciones en el sitio, o hubieran transferido su propiedad o tenencia, a cualquier título;
- La o las personas encargadas de la disposición final y tratamiento de las sustancias.
- Y el transportista que transportó esas sustancias.

Es decir, que entre los PRPs se encuentran todas las personas vinculadas con la gestión de las sustancias desde su generación hasta su disposición final.

Requisitos para que estos sujetos sean responsables:

- a) Que exista una descarga o amenaza de descarga”
- b) Que exista una instalación, desde la que se hace la descarga”
- c) Que se trate de una sustancia peligrosa”

Detalladamente cada uno de estos supuestos implica:

- a) Por descarga o amenaza de descarga se entiende no sólo la liberación de un contaminante al ecosistema sino la mera posibilidad de que esto ocurra. La jurisprudencia ha interpretado muy ampliamente esta definición debatiéndose largamente si deben o no incluirse las inmisiones involuntarias.
- b) Instalación: aquí nuevamente el rol de la jurisprudencia ha extendido el concepto de “instalación”, alcanzando no solo a las instalaciones industriales o incluso inmuebles, sino también a sitios en los que nada había contraído, y a vehículos y buques.
- c) Sustancia peligrosa: la definición de CERCLA de este término comprende una amplísima gama de sustancias, materiales, residuos, gases, y demás sustancias en general, pero excluyente expresamente, como ya viéramos, al petróleo (exclusión que alcanza al petróleo crudo, a la gasolina y al gas natural). La exclusión del petróleo del alcance de CERCLA tiene directa repercusión sobre los derrames producidos por las instalaciones subterráneas de almacenamiento de combustibles.

En síntesis, una persona responderá económicamente por la remediación de un sitio contaminado si:

- a) es un PRPs
- b) ha habido una descarga
- c) de una sustancia peligrosa
- d) proveniente de una instalación;

y el alcance de su responsabilidad, será OBJETIVA y SOLIDARIA, pero con acción de asignación por los costos de remediación del sitio.”³⁰

BRASIL: FNMA. FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE –FONDO NACIONAL DE MEDIO AMBIENTE-

“El Fondo Nacional de Medio Ambiente de Brasil (FNMA) es una institución pública bajo el Ministerio del Medio Ambiente que fue creada en 1989 como una de las primeras acciones del Gobierno para financiar proyectos ambientales que promuevan el uso racional de los recursos naturales y el mantenimiento, mejoría o recuperación de la calidad ambiental de los diferentes ecosistemas brasileiros.

La capitalización del Fondo se ha realizado, a diferencia de muchos fondos ambientales, a través de la firma de dos Acuerdos de Préstamos con el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, y la contrapartida del Tesoro Nacional de Brasil. Uno de los retos institucionales que el FNMA ha identificado para su gestión en el corto y mediano plazo es la descentralización de sus funciones a través de socios regionales y el establecimiento de mecanismos de evaluación de impacto que le permitan medir la contribución del Fondo al uso racional de los recursos naturales en Brasil.

Brasil

ORIGEN DEL FONDO BRASILEÑO

El desafío de construir procesos sustentables es particularmente complejo dada la multiplicidad de actores (gobierno federal, gobiernos estatales, municipios, universidades, organizaciones de la sociedad civil) que es necesario articular en el proceso. La diversidad de situaciones y escenarios a lo largo de más de 8,5 millones de kilómetros cuadrados de tierras continentales y millares de kilómetros de áreas costeras, representan un reto para la gestión de recursos naturales en Brasil.

³⁰ Siano Juan Martín. Antecedentes y apuntes sobre el Fondo de Compensación Ambiental(o “Superfondo” criollo). 2003 14 de Julio; 3: 5-6.

A finales de la década de los años 80, el movimiento ambientalista empieza a consolidarse con fuerza en el país. Paralelamente, la quema de extensas zonas de la amazonía empieza a representar un problema nacional con impactos mundiales que identifican a Brasil como el epicentro de los problemas ambientales a nivel mundial. En este contexto se crea la Secretaría Especial del Medio Ambiente, que responde directamente al Presidente de la República, como ente rector de la gestión ambiental a nivel nacional. Posteriormente se crea el Fondo Nacional del Medio Ambiente (FNMA) como la respuesta a

El Fondo Nacional de Medio Ambiente de Brasil (FNMA) es una institución pública bajo el Ministerio del Medio Ambiente que fue creada en 1989 como una de las primeras acciones del Gobierno para financiar proyectos ambientales que promuevan el uso racional de los recursos naturales y el mantenimiento, mejoría o recuperación de la calidad ambiental de los diferentes ecosistemas brasileiros.

La capitalización del Fondo se ha realizado, a diferencia de muchos fondos ambientales, a través de la firma de dos Acuerdos de Préstamos con el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, y la contrapartida del Tesoro Nacional de Brasil. Uno de los retos institucionales que el FNMA ha identificado para su gestión en el corto y mediano plazo es la descentralización de sus funciones a través de socios regionales y el establecimiento de mecanismos de evaluación de impacto que le permitan medir la contribución del Fondo al uso racional de los recursos naturales en Brasil.

A finales de la década del '80, el movimiento ambientalista empieza a consolidarse con fuerza en el país. Paralelamente, la quema de extensas zonas de la amazonía empieza a representar un problema nacional con impactos mundiales, que identifican a Brasil como el epicentro de los problemas ambientales a nivel mundial. En este contexto se crea la secretaria Especial del Medio Ambiente, que responde directamente al Presidente de la República, como ente rector de la gestión ambiental a nivel nacional. Posteriormente se crea el Fondo Nacional del Medio Ambiente (FNMA) como respuesta a múltiples demandas de la sociedad que empieza a identificar el impacto del inadecuado manejo de los recursos naturales sobre la calidad de vida de la población. En 1989 se publica la Ley N° 7.797 y el Reglamento que crea y regula el FNMA como una de las primeras acciones del Gobierno para

financiar proyectos ambientales que promuevan el uso racional de los recursos naturales en los diferentes ecosistemas brasileiros.

En el año 2000, el Gobierno de Brasil presentó el Plan Plurianual (PPA) conocido como “Avanza Brasil” como la principal herramienta de planificación y de inversión nacional. Este Plan cambió la forma de viabilizar las inversiones públicas y prevé asociaciones entre el gobierno federal, de los estados, de los municipios, de los organismos internacionales y de las organizaciones no gubernamentales. La operación del FNMA está vinculada a nueve de los veinte programas definidos para el área ambiental. El FNMA es una institución bajo el Ministerio del Medio Ambiente y fue creado como un instrumento para implementar la política ambiental del país. Este vínculo ha permitido la participación del Fondo en los principales foros de discusión a nivel nacional e internacional.

En este contexto, la creación del FNMA responde a tres factores principales: (1) la gran riqueza biológica del país (2) la degradación ambiental de los ecosistemas, y (3) la necesidad de auspiciar el uso sostenible de los recursos naturales.

En 1992 se realiza el primer aporte al FNMA con un Acuerdo de Préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por US\$ 30 millones.

FUNCIONAMIENTO DEL FNMA

El Fondo Nacional del Medio Ambiente está normado por el Consejo Deliberativo, instancia máxima de decisión del FNMA. La Dirección Ejecutiva tiene la responsabilidad de coordinar las acciones necesarias para el cumplimiento de su misión.

El Consejo Deliberativo está presidido por el Ministro de Estado del Medio Ambiente y su misión, en consonancia con la Política Nacional del Medio Ambiente, es establecer prioridades y directrices para la actuación del FNMA y aprobar proyectos que promuevan el uso racional y sostenible de los recursos naturales. El Consejo está compuesto por 26 Consejeros, entre principales y suplentes: 6 representantes del Ministerio del Medio Ambiente; 6 representantes del Instituto Brasileiro de Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables; 2 representantes del Ministerio de Planificación, Presupuesto

Federal y Manejo; 2 representantes de la Asociación Brasileira de Entidades Estatales de

Medio Ambiente (ABEMA); y 10 representantes de Organizaciones de la Sociedad Civil (2 por cada región geográfica del país). Los representantes de los organismos gubernamentales son nombrados por sus respectivos superiores institucionales.

La Dirección Ejecutiva, designada por el Ministro del Medio Ambiente, es la máxima autoridad ejecutiva de la institución. Actualmente trabaja con un equipo de 50 personas en cuatro gerencias:

- Gerencia de Proyectos: responsable del análisis de las propuestas recibidas y el acompañamiento y monitoreo técnico de la cartera de proyectos del Fondo.
- Gerencia de Alianzas: responsable de la articulación con los socios del FNMA, del diseño y ejecución del plan de comunicación, de la atención a las demandas internas y externas de capacitación y del acompañamiento y monitoreo financiero de la cartera de proyectos del Fondo.
- Gerencia de Sustentabilidad: identifica nuevas oportunidades de captación de fondos y da seguimiento a los recursos recaudados por el pago de multas por desacato a la Ley de Crímenes Ambientales.
- Gerencia Administrativa: encargada de preparar convenios, elaborar presupuestos, y coordinar las acciones administrativas del FNMA.

La búsqueda de recursos económicos adicionales está a cargo de la Dirección Ejecutiva que trabaja en conjunto con la Gerencia de Sustentabilidad. Como parte de la estrategia de recaudación de fondos se está explorando otros programas del Ministerio del Medio Ambiente.

A diferencia de otros fondos ambientales en América Latina, el FNMA opera con recursos provenientes de un préstamo realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la contrapartida nacional proveniente del Presupuesto Federal. Adicionalmente, el FNMA recibe recursos de la Ley de Petróleo n.º 9.478/97 y el 10% de los recursos recaudados por concepto de multas provenientes del incumplimiento de la Ley de Crímenes Ambientales n.º 9.605. En 2001, el FNMA firmó un acuerdo de cooperación técnica de 3 millones de euros con el Reino de los Países Bajos para apoyar proyectos que promuevan acciones de combate a la desertificación y cambios climáticos. La sostenibilidad financiera de la institución es uno de los temas en los que el

Fondo está trabajando con el objetivo de recaudar recursos propios y asumir, dentro de 4 a 5 años, la cobertura de los costos operativos. Hasta el momento, no se han definido techos formales para los costos operativos de la institución pero el registro histórico mantiene un promedio de 11% del total de los recursos canalizados anualmente.

En relación a los procesos de planificación del FNMA, la misión del Fondo que en un principio fue “viabilizar el apoyo a proyectos de naturaleza ambiental que tuviesen como objetivo el uso sustentable de los recursos naturales, con miras a mejorar la calidad de vida de la población brasilera” ahora se ha transformado en “contribuir como agente financiador y a través de la participación de la sociedad en la implementación de la Política Nacional de Medio Ambiente”. Hasta el momento el FNMA ha financiado más de 800 proyectos por US\$ 45 millones.

Dentro de los factores que han favorecido la gestión del Fondo se puede destacar el apoyo político del Gobierno para la capitalización del FNMA. Los principales desafíos institucionales que el FNMA ha identificado se vinculan a tres áreas específicas: (1) la descentralización de la capacitación y difusión mediante la delegación de funciones operativas a socios regionales (2) la implementación de un sistema de monitoreo y evaluación de impactos que permita establecer la contribución de las acciones del Fondo a la conservación y manejo sustentable de los recursos naturales en el Brasil, y (3) la definición de socios regionales que actuarán en áreas complementarias para que, a través de convocatorias, realicen la selección y apoyo a pequeños proyectos.

¿Qué financia el FNMA?

Uno de los factores que agregan valor a los fondos ambientales es su potencial de contribuir al financiamiento de prioridades nacionales. En este contexto, uno de las grandes ventajas de un fondo gubernamental es su vinculación con la ejecución de planes de prioridad nacional. Como se mencionó anteriormente, la gestión del FNMA está vinculada al Plan Plurianual de inversiones públicas elaborado por el Gobierno Federal. Dentro de este contexto, el FNMA tiene ocho líneas para financiamiento de proyectos:

1. Forestación financia proyectos de extensión forestal y recuperación de cobertura vegetal en áreas afectadas, sistemas agroforestales y capacitación de productores rurales. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el área reforestada o bajo algún tipo de protección y el fortalecimiento institucional para la ejecución de programas forestales con productores rurales.
2. Parques Nacionales financia proyectos de gestión integrada en áreas protegidas para la implementación de Unidades de Conservación a nivel municipal, estatal y federal. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de Unidades de Conservación que cuenten con planes de manejo diseñados y en proceso de ejecución.
3. Biovida financia proyectos de manejo sustentable de flora y fauna, concientización y difusión de conocimientos sobre biodiversidad y recursos genéticos y proyectos que promuevan la repartición justa de los beneficios derivados de su utilización. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de especies que cuenten con estrategias de conservación definidas en coherencia con sus respectivas Unidades de Conservación. Estas estrategias deberán incrementar las posibilidades de utilizar las especies como mecanismo de generación de ganancias económicas para las comunidades locales.
4. Recursos Pesqueros financia proyectos de uso sustentable de los recursos pesqueros que integren la conservación de recursos acuáticos y la participación de las comunidades locales. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de planes de gestión para la utilización de recursos pesqueros que identifiquen las actividades de menor impacto, incentiven actividades alternativas a la pesca de extracción, y utilicen de manera integral los productos y subproductos de la actividad pesquera.
5. Educación Ambiental financia proyectos de educación ambiental con comunidades y proyectos para desarrollar agendas locales coherentes con la Agenda 21. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de personas y comunidades que realicen actividades productivas utilizando los recursos naturales de manera sustentable como alternativa a las actividades de mayor impacto que antes realizaban.

6. Amazonía Sustentable financia proyectos que promuevan el desarrollo sustentable en la

Amazonía brasileña. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de iniciativas productivas ambientalmente amigables que contribuyan al desarrollo económico de la zona.

7. Calidad Ambiental fomenta proyectos de control ambiental, ordenamiento territorial, desarrollo tecnológico en el manejo de residuos industriales, sustancias químicas, certificación ambiental y contaminación de aire. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de planes estatales diseñados y ejecutados en el manejo de residuos industriales y de planes de emergencia ambiental.

8. Brasil Juega Limpio financia proyectos de ordenamiento para la recolección y manejo de desechos sólidos. El objetivo de esta línea de financiamiento es incrementar el número de municipios que manejan adecuadamente los residuos sólidos.

Además de esas áreas, el Programa de Cooperación Técnica firmado entre el Gobierno Brasileiro y el Gobierno del Reino de los Países Bajos he ofrecido la oportunidad de integrar dos acciones adicionales específicas:

1. Desertificación fomenta proyectos que combatan la desertificación y sus efectos sobre las comunidades a través del desarrollo de infraestructura para la generación de rentas locales,

de la difusión de información, capacitación y desarrollo de políticas locales.

2. Cambios Climáticos fomenta proyectos para la adopción de mecanismos de desarrollo limpio y la ejecución de proyectos que contribuyan para la reducción y/o retención de los gases de efecto invernadero.

Los proyectos de las instituciones ejecutoras son apoyados a través de dos modalidades: 1) Demanda Espontánea donde las organizaciones proponen proyectos por iniciativa propia dentro de las líneas de acción del Fondo; y 2) Demanda Inducida donde el Fondo presenta convocatorias en temas específicos dentro de las áreas temáticas antes descritas. Organizaciones públicas y ONGs pueden participar en la presentación de proyectos siendo un requisito en el caso de las últimas el estar afiliadas al Catastro

Nacional de Entidades Ambientistas (CNEA/CONAMA) o tener un mínimo de 2 años de existencia legal. El FNMA ha establecido algunos criterios de elegibilidad para guiar la presentación de proyectos

El ciclo de proyectos del FNMA fomenta la identificación de los beneficios sociales de los proyectos desde su diseño. Así, uno de los criterios de selección de proyectos es el grado de participación de los diferentes grupos sociales en temas como el fomento de procesos de gestión participativa, la identificación de mecanismos que permitan la adecuada distribución de los beneficios provenientes de biodiversidad en las comunidades gestoras y la adecuación de los proyectos para asegurar el respeto a los hábitos y costumbres locales.

El fortalecimiento institucional a las entidades ejecutoras de proyectos es clave para asegurar el adecuado uso de los recursos canalizados por el Fondo. Así, la institución ha desarrollado dos programas de capacitación institucional. El primero está dirigido al fortalecimiento institucional de ONGs, que surgió como una respuesta a la demanda de capacitación en diseño y elaboración de proyectos, liderazgo en la gestión de negocios y captación de recursos. Desde su inicio en el 2001, este programa ha capacitado a más de 78 instituciones. El segundo programa está dirigido al fortalecimiento de las instituciones ejecutoras de proyectos del FNMA en temas de monitoreo y evaluación de proyectos.

El monitoreo y evaluación de los proyectos se realiza mediante la revisión de los reportes de avance y visitas de campo para evaluar aspectos técnicos y financieros de los proyectos. Actualmente el Fondo está desarrollando mecanismos para monitorear y evaluar el impacto de los proyectos en la conservación y uso sustentable de los recursos naturales.

La evaluación institucional está íntimamente ligada a los reportes y evaluaciones realizadas por el BID sobre sus préstamos. Adicionalmente, el Fondo publica anualmente un informe de gestión que es circulado a las autoridades y beneficiarios del Fondo.

El FNMA está impulsando el establecimiento de una Red de Fondos Ambientales de Brasil con el objetivo de facilitar la coordinación y comunicación entre los fondos ambientales que trabajan en el país.

ADMINISTRACION DE LOS FONDOS DEL FNMA

A diferencia de otros fondos ambientales en América Latina y el Caribe, el FNMA no administra fondos sino que recibe anualmente los recursos de asignaciones presupuestarias anuales del Tesoro Nacional y del Préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

La gestión del Fondo está sujeta a una auditoría externa por parte de la Secretaría Federal de Control de Brasil, órgano vinculado a la Corregedoria Geral da União de la Presidencia de la República y por el Tribunal de Cuentas de la Unión.”³¹

MEXICO: FMCN. FONDO MEXICANO PARA LA CONSERVACION DE LA NATURALEZA.

“El FMCN Mexicano para la Conservación de la Naturaleza A.C., es una organización privada sin fines de lucro incorporada legalmente en 1994. Once años más tarde, se puede observar que el valioso aporte de la institución a la conservación de la biodiversidad es el resultado de una mezcla de factores, entre los que destacan:

- La integración activa de los diferentes actores de la sociedad civil tanto en la toma de decisiones como en el establecimiento de alianzas estratégicas para la ejecución de proyectos en el campo.
- El compromiso del Gobierno Mexicano tanto en la capitalización como en la integración del FMCN a la creación de nuevos procesos con el fin de brindar continuidad a ciertas actividades de la agenda oficial de conservación.
- El hecho de ser una organización en aprendizaje constante ha llevado a la institución a establecer procedimientos estrictos de capacitación, monitoreo, evaluación y rendición de cuentas que reflejan la realidad del país y de los usuarios de los FMCNs.

ORIGEN DEL FMCN

³¹ Ecofondo. Consulta Regional sobre Fondos Ambientales Nacionales en América Latina y el Caribe, Reporte Final, Cartagena, Colombia. 1996.

Uno de los grandes retos en el establecimiento del FMCN fue asegurar la participación, en la fase de diseño, de los múltiples actores que formaban parte de la gestión ambiental en México. Con este objetivo en mente, se estableció un Comité Consultivo voluntario compuesto por 21 distinguidos mexicanos de diversos sectores y regiones del país que, bajo la coordinación de un consultor de la WWF y el liderazgo de un reconocido filántropo y empresario mexicano, establecieron los principios básicos para el diseño del FMCN (estructura legal, asignación de recursos financieros y lineamientos operativos generales). El aporte económico de organizaciones filantrópicas internacionales y del Gobierno de Estados Unidos por un monto total de US\$ 475.000 durante los dos primeros años del proceso de diseño, permitió sufragar los costos de arranque y establecimiento de la institución. Durante el proceso de diseño se realizaron seis reuniones regionales donde se consultaron a 415 individuos de cerca de 250 organizaciones conservacionistas, agencias gubernamentales, grupos comunitarios y centros de investigación. La participación de individuos de alto rango del Gobierno Mexicano, en el diseño del FMCN, facilitó las negociaciones gubernamentales de contrapartida patrimoniales que, de no ser así, hubieran sido difíciles de comprometer. Por otro lado, la integración de las organizaciones nacionales de conservación en la fase de diseño permitió el apropiamiento del FMCN por parte de los actores nacionales que se comprometieron con el proyecto y lo apoyaron una vez que éste fue creado.

Desde su inicio, el FMCN identificó un nicho específico para su trabajo: (1) una entidad catalizadora de recursos y no ejecutora de proyectos con el objetivo de no duplicar ni competir con instituciones locales de recaudación de Fondos, (2) una organización dedicada al financiamiento de actividades de conservación de la biodiversidad como eje central.

En 1994, el FMCN fue legalmente establecido y con esto, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) aportó US\$ 500.000 para el fortalecimiento institucional del FMCN y el costeo de su administración durante los primeros 18 meses de operación. Organizaciones como WWF, TNC y Pronatura (organización local) se responsabilizaron de la capacitación

institucional en levantamiento de fondos, manejo organizacional y planificación estratégica. Las alianzas estratégicas con organizaciones que tienen experiencia en la operación de Fondos ambientales, especialmente durante el período de creación de un nuevo Fondo, son esenciales para hacer más eficiente la curva de aprendizaje y construir sobre los éxitos y fracasos de organizaciones con trayectoria en el tema (GEF, 1998).

Al revisar la historia de capitalización del FMCN es necesario enfatizar sobre la capacidad del FMCN de generar recursos adicionales que, de otra manera, no hubiesen sido dirigidos a proyectos de conservación. En 1994, la contribución inicial del Gobierno de México fue de US\$ 1 millón como fondo patrimonial. La capitalización del FMCN se realizó entre 1996 y 2000 con recursos de contrapartida nacional (US\$ 10 millones del Gobierno de México) y el aporte del Gobierno de los Estados Unidos (US\$ 19.5 millones de USAID) como fondo patrimonial para el financiamiento de proyectos de conservación. La contribución del Gobierno de México (US\$ 10 millones) se formalizó en 1994 y se amortizó en un plazo de 6 años con una tasa de interés anual sobre el saldo de capital equivalente a la tasa de los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 30 años. Al igual que los canjes de deuda por naturaleza, esta negociación tuvo la ventaja de reducir la presión fiscal sobre los recursos escasos del Gobierno sin dejar de aprovechar el potencial de asegurar recursos externos ni dejar de invertir en temas prioritarios para el país.

El tercer gran aporte al FMCN se realizó en 1997 con la transferencia de US\$ 16.5 millones del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF/Banco Mundial) a un fondo patrimonial para áreas protegidas. El Consejo Nacional de Áreas Protegidas recomendó transferir al FMCN los recursos restantes de un proyecto de recursos extinguidos, no ejecutado en su totalidad, para crear un fondo patrimonial (FANP) con cuyos intereses se financiarían los costos operativos recurrentes de diez áreas protegidas prioritarias. Dada la impecable trayectoria de este programa dentro del FMCN, el FANP formalizó un segundo aporte (US\$ 22,5 millones) del GEF/Banco Mundial como segunda fase de la iniciativa antes mencionada. Este segundo donativo está condicionado a una aportación de México equivalente a los recursos patrimoniales solicitados. En

reconocimiento a los esfuerzos de procuración de fondos del FMCN, la comunidad conservacionista y la SEMARNAT, el GEF, a través del Banco Mundial, ha depositado US\$ 9.71 millones, cuyos intereses están siendo canalizados a cinco áreas naturales protegidas adicionales.

Desde el año 2000 a la fecha, el FMCN ha captado recursos patrimoniales adicionales del Gobierno de México y de fundaciones privadas en México y los Estados Unidos por un total de US\$ 17.3 millones. Con esto su patrimonio actual asciende a casi US\$ 73 millones.

FMCN: FUNCIONAMIENTO

El máximo órgano de gobierno del FMCN es la Asamblea General que está constituida por 32 miembros honoríficos encargados de, entre otras responsabilidades, aprobar la composición del Consejo Directivo, aprobar los estados financieros anuales auditados y modificar los estatutos para que éstos reflejen su evolución en el tiempo y se adapten a las necesidades cambiantes del entorno.

El Consejo Directivo está integrado por 19 de los 32 asociados que conforman la Asamblea. Los miembros son individuos de reconocida trayectoria profesional y moral que pertenecen a diversas zonas geográficas y sectores de la sociedad mexicana (académico, ONGs, organizaciones de base, y sector empresarial). Todos, menos el titular de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), pertenecen al sector privado. Del 10-15% del Consejo Directivo es reemplazado cada año. Las responsabilidades del Consejo Directivo incluyen, entre otras, la aprobación del plan estratégico, del plan operativo anual con su respectivo presupuesto y, la aprobación final del portafolio de proyectos a ser financiados por el FMCN. Adicionalmente, el Consejo Directivo nombra al Director General del FMCN y crean los Comités Técnicos que sean necesarios dentro del Consejo Directivo, para asegurar su buen funcionamiento.

Dentro del Consejo Directivo se han establecido hasta el momento cuatro Comités Asesores en las áreas de: (1) conservación, (2) áreas protegidas, (3) inversiones y (4) consultivo internacional. Estos Comités están encargados de proponer políticas y lineamientos operativos y financieros dentro del área correspondiente. Cada Comité tiene un presidente, quien forzosamente debe pertenecer al Consejo Directivo y es elegido por sus miembros cada dos años. Los Comités Asesores se reúnen periódicamente y ayudan a agilizar los procesos institucionales de toma de decisión, que de otra manera, deberían esperar una reunión del Consejo Directivo para ser aprobados y ejecutados. Adicionalmente, este mecanismo ha permitido la participación de actores externos que, por su conocimiento en el tema, pueden contribuir y enriquecer los procesos de discusión interna. Uno de los factores importantes resultantes de esta experiencia es que, para que los Comités sean una contribución efectiva al FMCN, deben contar con un reglamento interno para asegurar que las decisiones estratégicas no se tomen al margen de la estructura oficial del Consejo Directivo. El Comité Técnico de Áreas Protegidas es un ejemplo del impacto positivo que pueden tener los Comités Asesores en el manejo de un Fondo. La participación en el Comité, de expertos en manejo de áreas protegidas, de actores del sector privado y de usuarios de dichas áreas ha facilitado el diseño y ejecución de los planes de manejo de manera participativa e integral; fenómeno que antes no sucedía en México.

Operativamente, el FMCN inició su funcionamiento con el Director Ejecutivo y un equipo de dos personas en las áreas de administración y proyectos. Actualmente, el FMCN cuenta con un equipo de 29 personas en las áreas de conservación, áreas naturales protegidas, finanzas y soporte operativo/ operativo y capacitación/fortalecimiento institucional. Este crecimiento ha respondido al incremento de los recursos administrados y de programas impulsados por el FMCN. Con el crecimiento de la institución y el número de usuarios, fue necesario establecer mecanismos de comunicación que aseguren un flujo efectivo de información dentro de la organización y en su relación con donantes y receptores de fondos. El área de comunicación está integrada en el área de finanzas y soporte operativo. Adicionalmente, se ha creado un área de coordinación de recursos humanos que ha contribuido al establecimiento de

mecanismos internos de evaluación del personal. Dichos mecanismos han permitido por un lado, facilitar el seguimiento del trabajo realizado por cada uno de los miembros del equipo; y por otro, permite evaluar y recompensar el aporte que sus miembros realizan al cumplimiento de las metas y objetivos institucionales. Los Fondos Ambientales, en general, dependen de la calidad de sus recursos humanos (GEF, 1998) y al igual que en el sector privado, este recurso debe ser motivado, capacitado y evaluado constantemente para asegurar sostenibilidad institucional en el largo plazo (TNC, 1993).

La variedad de perfiles profesionales y personales que participan en la Asamblea General y en el Consejo Directivo del FMCN han contribuido con herramientas y recursos para asegurar una adecuada gobernabilidad del FMCN. Esto, sumado a un equipo operativo capacitado y comprometido con la misión de la institución, ha permitido un crecimiento ordenado y una operación adecuada.

La operación del FMCN se financia con los intereses generados por el capital patrimonial y aportaciones de aplicación directa. Cada uno de los donantes establece techos presupuestarios para los costos operativos permisibles. La seguridad en el financiamiento de la operación del FMCN le ha permitido dedicarse a su misión sin tener que desviar sus esfuerzos a la búsqueda de financiamiento operativo de corto plazo (GEF, 1998).

El FMCN realiza periódicamente ejercicios de planificación estratégica. La revisión constante de su plan estratégico le ha permitido adaptarse a lo largo del tiempo a los nuevos retos del entorno. Es así como la misión inicial de “promover y fortalecer acciones de conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos naturales de nuestro país (México) a través del apoyo financiero de mediano y largo plazo” ahora se ha transformado en “conservar la biodiversidad de México y asegurar el uso sustentable de sus recursos naturales a través de la promoción de acciones estratégicas y el apoyo financiero de mediano y largo plazo”. En la planificación del FMCN participan los diversos sectores de la sociedad, su Consejo Directivo, el equipo operativo y los donantes.

Los objetivos y metas establecidos en el proceso de planificación estratégica son la base sobre la que se construyen las misiones y objetivos de los diferentes programas del FMCN. Utilizando la metodología de marco lógico, estos objetivos se convierten en resultados e indicadores a nivel de los diferentes proyectos financiados (GEF 1998). Sin embargo, uno de los retos del FMCN en el mediano plazo es establecer mecanismos de evaluación de impacto de los proyectos en el campo. Durante sus primeras convocatorias, el FMCN apoyó una gran diversidad de proyectos dispersos en varios temas y áreas geográficas. Esta gran variabilidad de proyectos dificultó la evaluación de su impacto en el campo. Además de acotar cada vez más los temas de sus convocatorias, el FMCN desarrolló un sistema de evaluación SIEVI (Sistema de Evaluación e Indicadores) que facilita el monitoreo e interpretación de indicadores.

FINANCIAMIENTO DEL FMCN

Uno de los factores que agregan valor a los Fondos Ambientales es su potencial de contribuir al financiamiento de prioridades nacionales. La definición de dichas prioridades permite mayor eficiencia en el uso de los recursos, que de otra manera, se invertirían en el financiamiento de muchas iniciativas pequeñas sin poder generar un impacto significativo en un tema o área geográfica (GEF, 1998).

Hasta finales de la década de los 90, México no contaba con lineamientos claros que permitieran la definición de prioridades. La primera convocatoria abierta de proyectos del FMCN reflejó dicha necesidad. El FMCN contribuyó con parte del financiamiento para la preparación del diagnóstico de país y la Estrategia Nacional para la Conservación de la Biodiversidad a través de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO). Uno de los resultados de este proceso fue la identificación de 155 áreas prioritarias que son ahora, uno de los criterios de definición de inversión del FMCN. Paralelamente, el FMCN coordina acciones con la CONABIO con el

objetivo de asegurar que los recursos que las dos instituciones canalizan sean complementarios y fortalezcan las áreas de prioridad identificadas.

Contribuciones adicionales a las mencionadas han permitido la capitalización del FMCN por un monto de US\$ 73 millones y las metas de capitalización hasta el 2006 prevén un patrimonio de US\$ 100 millones. Sin embargo, el éxito en la capitalización del FMCN no sólo se debe al hecho de ser un instrumento eficiente de administración financiera de los recursos donados, sino al establecimiento de herramientas complementarias que aseguran al donante: (1) el financiamiento de proyectos detalladamente seleccionados, (2) su monitoreo y evaluación y (3) la capacidad de rendir cuentas periódicamente.

A continuación se detallan cuatro de los principales programas de financiamiento:

(a) Iniciativas de Conservación

En 1996, el FMCN realizó la primera convocatoria de proyectos con los recursos provenientes de la inversión de su capital (aproximadamente US\$2.4 millones al año). Dicha convocatoria fue dirigida a proyectos relacionados con; (1) conservación de especies y ecosistemas, (2) uso sustentable de recursos naturales y (3) fortalecimiento institucional. A partir de 1999 el Programa de Conservación agregó a este listado la restauración de áreas degradadas y dejó el tema de fortalecimiento institucional para ser tratado por la Iniciativa Mexicana de Aprendizaje para la Conservación (IMAC) que se detalla más adelante.

Los criterios de selección de proyectos en esta iniciativa se han ido adaptando a los planes nacionales de manejo de los recursos naturales conforme éstos van surgiendo. Actualmente los criterios principales para la elección de los proyectos son: (1) que sean proyectos vinculados con la conservación de la biodiversidad, (2) que respondan a las prioridades ambientales nacionales, (3) que cumplan con los programas e instrumentos nacionales de manejo de recursos naturales, como son las áreas terrestres prioritarias, áreas hidrológicas prioritarias, áreas de importancia para la conservación de las aves,

CITES y con las normas nacionales de conservación y uso sustentable de la biodiversidad, (4) que cuenten con solidez técnica y una buena estructura y diseño del proyecto y (5) que incorporen, directamente en la operación del proyectos, a las comunidades que están involucradas en el área de trabajo.

Iniciativas de Conservación apoya la protección, uso sustentable y restauración de la naturaleza a través de cuatro programas:

- Durante ocho años, el Programa de Apoyos Estratégicos (PAE) desembolsó aproximadamente US\$13.83 millones a diversos proyectos de conservación con cerca de 350 iniciativas ejecutadas por organizaciones conservacionistas, grupos rurales e instituciones de investigación de todo el país. A principios del año 2005 el PAE evolucionó a dos programas más específicos:

1. Programa para la Conservación de Cuencas.

2. Programa para la Conservación de Ecosistemas Marinos

- Programa para el Manejo del Fuego y la Restauración Ambiental (PPIRA), instrumentado para canalizar US\$ 5.75 millones durante un periodo de cinco años. Su principal objetivo fue incrementar la participación de la sociedad civil en la prevención de incendios forestales y la restauración de áreas afectadas con alta diversidad biológica. Algunas de las actividades financiadas incluyeron la instalación de un sistema satelital de detección de incendios forestales en México a través de puntos de calor, y la promoción de actividades comunitarias para la prevención de incendios. La primera fase del PPIRA concluyó en diciembre de 2004 y desembolsó aproximadamente US\$ 4.29 millones a diversos proyectos; la segunda fase continuará mediante la reasignación de US\$ 4.5 millones de los recursos patrimoniales del PAE.

- Fondo para Áreas Naturales Protegidas. Esta iniciativa nace en 1997 cuando el Consejo Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP) decide entregar al FMCN los recursos restantes (US\$ 16,48 millones) de un proyecto GEF que no fue ejecutado en su totalidad. Estos recursos se utilizaron para la creación de un fondo patrimonial denominado Fondo para Áreas Naturales Protegidas (FANP). Desde 1998, los ingresos generados por este capital se han canalizado a diez ANP, cubriendo personal básico, así como las

actividades de conservación, vigilancia, participación de la comunidad y capacitación.

La misión del FANP es conservar la biodiversidad de las ANP y asegurar, tanto el uso sostenible de sus recursos naturales por medio de un apoyo financiero de mediano y largo plazo, como la promoción de acciones estratégicas. En el proceso de determinar y facilitar el avance hacia la misión del programa, fue determinante contar con un sistema de monitoreo y evaluación que facilitara el cumplimiento de la misión, la evaluación del avance y la administración adaptativa con base en las experiencias adquiridas. El sistema del FANP se basa en indicadores generales para el programa en su conjunto, así como en indicadores para cada ANP. El programa de monitoreo se basa en el marco lógico. El marco lógico identifica la misión y los objetivos principales, así como los indicadores de resultados. Especialistas externos se encargan de monitorear los indicadores identificados.

En 1998 se organizó un taller donde participaron especialistas en planeación, biólogos, sociólogos, geógrafos y personas con una amplia experiencia en la administración de ANP, y se determinó la utilización, de una forma simplificada, de la metodología alemana de "Planeación de Proyectos Orientada a Objetivos" o ZOPP (por sus siglas en alemán) con un período de monitoreo de cinco años (1998 al 2003). Los directores de las áreas protegidas también realizaron un taller de capacitación sobre la metodología ZOPP y finalmente se estableció el primer sistema de monitoreo y evaluación para las áreas protegidas.

Este programa cubre 10 áreas protegidas con el financiamiento de sus costos operativos recurrentes. El número de áreas protegidas se incrementó a 22 con la segunda fase del proyecto (US\$ 22.5 millones) que fue aprobada por el GEF/ Banco Mundial en el 2001. Adicionalmente, el FMCN ha desarrollado vínculos institucionales con el Programa de Pequeñas Donaciones del GEF para apoyar proyectos de conservación comunitaria en seis de las áreas protegidas en las que trabaja el FMCN.

(b) Iniciativa Mexicana de Aprendizaje para la Conservación (IMAC)

Esta iniciativa surge de la necesidad de contar con organizaciones de conservación más eficaces que tengan un impacto a gran escala en la conservación de la biodiversidad en México. Luego de revisar las aplicaciones recibidas en respuesta a las convocatorias del FMCN se identificó que: (1) sólo algunos proyectos se podrían traducir en efectos positivos en conservación de la biodiversidad, (2) un elevado número se enfocaba a necesidades de investigación y cuadros académicos y (3) pocos proyectos estaban dirigidos a capacitar a organizaciones locales.

Es así como en 2001, el FMCN toma la decisión de hacer una alianza estratégica con organizaciones internacionales expertas en el tema (The Nature Conservancy, y Private Agencies Collaborating Together) con el objetivo de sumar experiencias y esfuerzos para generar un programa innovador que permita desarrollar capacidades en las organizaciones de conservación. Bajo esta iniciativa se comprometieron US\$ 1.5 millones de dólares durante tres años para: (1) la evaluación de capacidades organizacionales y planificación de actividades de mejoramiento, (2) el entrenamiento y asistencia técnica para la conservación, (3) el intercambio de información y conocimientos y (4) el establecimiento de un portal de aprendizaje. Dicho entrenamiento incluye el fortalecimiento a organizaciones no apoyadas previamente, proyectos seleccionados en convocatorias anteriores y el seguimiento a las recomendaciones de los comités externos de evaluación de proyectos en ejecución.

Una herramienta central de IMAC es la formación de comunidades de aprendizaje que son grupos de personas o instituciones que aprenden y se desarrollan juntos a través del intercambio de conocimientos, experiencias y mejores prácticas.

(c) Proyectos Especiales

Vincula esfuerzos de conservación a mecanismos de mercado e iniciativas empresariales. Desarrolla fondos paralelos, geográficos y temáticos. Actualmente el FMCN cuenta con 2 proyectos especiales:

- Sustentabilidad Empresarial: Paradigma económico alternativo para la creación de negocios exitosos, a través del fortalecimiento de las comunidades vecinas y la preservación o la restauración del medioambiente local. Las iniciativas apoyadas a través de este proyecto son:

1. New Ventures-México
2. Base de la Pirámide
3. Ollas Solares

- Fondos Paralelos: Detecta y apoya prioridades y oportunidades en las diferentes ecoregiones en estrecha colaboración con los grupos y actores locales. Los fondos paralelos son:

1. Fondo Arrecifal Mesoamericano (Mar Fund)
2. Fondo para la Comunicación y la Educación Ambiental (FEA)
3. Red de Fondos Ambientales de Latinoamérica y el Caribe (RedLAC)

FMCN: ADMINISTRACION DE LOS RECURSOS

El Comité de Inversiones es la entidad encargada de supervisar la estrategia financiera del FMCN. Actualmente, la institución cuenta con un asesor financiero externo que supervisa la gestión de los administradores de activos de los recursos patrimoniales. El 80%-85% de los recursos patrimoniales se invierten en renta fija y del 15%-20% en renta variable.

La selección de los administradores de activos debe permitir que, a un costo moderado, se aseguren los flujos de recursos deseados. Bajo los lineamientos de inversión de USAID y GEF/Banco Mundial, el FMCN dio, durante sus primeros cuatro años de operación, total libertad a los administradores de activos para que decidieran la estructura del portafolio a invertir. Sin embargo, los beneficios recibidos de este servicio no justificaban los altos costos (aproximadamente US\$ 250.000 – US\$ 300.000 por año). A partir del 2001, el FMCN asumió la responsabilidad de decidir sobre el destino y estructura del portafolio bajo la supervisión del Comité de Inversiones y con el apoyo del asesor financiero independiente. Con este nuevo esquema, los agentes financieros operan como custodios de los recursos sin discrecionalidad en el

manejo de éstos, responsabilidad que se comparte ahora entre el asesor financiero independiente y el Comité de Inversiones. El costo de este arreglo es 50% menor que el modelo tradicional de agentes financieros con discrecionalidad (0.5%-0.6% del patrimonio al año)³².

OTROS FONDOS AMBIENTALES: MINAMATA-JAPON-. FONDO CREADO POR LA LEY DEL AIRE-HOLANDA-.TOVALOP Y CRISTAL

El Fondo de Minamata de Japón que indemniza a toda víctima de la contaminación del agua y del aire. Se integra mediante aportes obligatorios de quienes emiten sustancias contaminantes (Ley 111 del 5 de octubre de 1973).

C)HOLANDA. FONDO CREADO POR LA LEY DEL AIRE

El fondo creado por la ley del aire de Holanda de 1972 (Art. 64) para indemnizar a quien haya sufrido un daño derivado de la contaminación del aire y no tenga cómo obtener una indemnización razonable de parte alguna. Se integra por un impuesto sobre los combustibles.

FONDOS PARA CUBRIR LOS DERRAMES EN EL MAR

El fondo mutual de garantía creado por las empresas petroleras TOVALOP en 1969, complementado por el CRISTAL en 1971 para afrontar la responsabilidad por derrames en el mar. Se integra por un aporte de los cargadores proporcional al volumen transportado. Permite hacer frente a la responsabilidad impuesta por la Convención de Bruselas del 18 de diciembre de 1971.

Cabe destacar la diferencia fundamental de los fondos, descriptos arriba con el Fondo de Compensación Ambiental de nuestro país, en cuanto a la

³² Ecofondo. Consulta Regional sobre Fondos Ambientales Nacionales en América Latina y el Caribe, Reporte Final, Cartagena, Colombia. 1996.

circunscripción del objeto y la especificidad de cada uno de ellos, que orientan su caudal financiero a solventar una situación o hecho en particular, en cambio el FCA, dispone un objeto amplio y diverso.

Acuerdo entre Argentina y EE. UU. Fondo para las Américas

Cabe aquí hacer mención, al acuerdo suscripto entre la Argentina y los Estados Unidos de América, cuya finalidad encuentra ciertas congruencias con el objeto del Fondo de Compensación Ambiental, es por ello que a continuación se hace un breve esbozo de su propósito.

El Fondo para las Américas – Argentina (FPLA's) surge de un acuerdo suscripto en el año 1993, entre los Gobiernos de la República Argentina y el de los Estados Unidos, procurando instrumentar la "Iniciativa Empresa para las Américas" y deseando fomentar el espíritu de amistad y cooperación entre ambos países.

Este Acuerdo establece que los intereses de determinadas deudas contraídas por la República Argentina con los Estados Unidos, sean reinvertidos en el país a través de créditos no reembolsables otorgados a organizaciones no gubernamentales (ONGs) sin fines de lucro que desarrollen proyectos afines con los objetivos del Fondo.

El Acuerdo, que crea al FPLA's y a una Comisión de las Américas encargada de administrar los recursos del Fondo, también determina la misión para la que fue creado: "la preservación, conservación, protección y administración de manera sustentable de los recursos naturales del país, alentando así la supervivencia y el desarrollo infantil."

MERCOSUR. SITUACION AMBIENTAL ACTUAL

ANTECEDENTES DEL ACUERDO MARCO DE MEDIO AMBIENTE EN EL MERCOSUR

En el ámbito del MERCOSUR, el Tratado de Asunción (26 de marzo de 1991) dice en su Preámbulo "que la ampliación de los mercados nacionales y el desarrollo económico de la región "deben ir acompañados de la preservación del medio ambiente", teniendo así un principio base referido a la protección del ambiente.

Lo cierto es que los países del MERCOSUR, tienen problemas comunes ya que comparten los ecosistemas, por lo que deben, en conjunto conservar los recursos. Por lo que fue necesario elaborar un modelo de ley marco para los estados del MERCOSUR que tienda a proteger el medio ambiente.

“Aparece como necesario precisar bases y criterios normativos que deberán respetar los Estados, provincias, y municipios para evitar que esa disparidad legislativa sea causa de beneficios para unos y perjuicios para otros... no pretenden lesionar la soberanía de los Estados ni su independencia para regular la protección del ambiente...

...que procede a elaborar un modelo de norma, de ley marco, adecuado a los principios esenciales determinados en los convenios internacionales, documentos y cartas de las Naciones Unidas, OEA. Que haga posible un orden que deba respetarse y garantice el equilibrio en función de la solidaridad humana que debe primar en las comunidades regionales”³³

En la primera etapa del MERCOSUR existían 11 grupos de trabajo y al menos 5 abordaron temas ambientales. En junio de 1992 se crea la Reunión Especializada del Medio Ambiente con el objeto de establecer un ámbito específico para analizar la legislación vigente en materia ambiental en los Estados partes, concertar las políticas en el MERCOSUR y coordinar las acciones de los subgrupos. Esta Reunión Especializada del Medio Ambiente, convocada en noviembre de 1993 recomendó a los países del MERCOSUR elaborar los mecanismos legales para la protección ambiental. El protocolo de

³³ Conferencia Río de Janeiro Eco. 1992

Ouro Preto dio paso a la actual situación institucional del MERCOSUR, creándose mas adelante el grupo mercado común, con una nueva estructura. Siendo en el subgrupo de trabajo 6 donde se discute el acuerdo marco sobre medio ambiente aprobado en la “XX Cumbre Presidencial del MERCOSUR celebrada los días 21 y 22 de junio de 2001 en Asunción Paraguay; los acuerdos que se llevan a cabo interrelacionan la región en materia ambiental, necesarios para una seguridad colectiva en cuanto a la ecología y a la vida en todas sus formas. Los Estados partes deben ajustar sus normas para proteger el ambiente a fin de un desarrollo económico y mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes; de allí la importancia de un marco jurídico que facilite la protección del medio ambiente.

Por lo tanto los países miembros del MERCOSUR, firman el Acuerdo Marco, con el objetivo fundamental de cooperar en la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales; siendo sus antecedentes fundamentales El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, la Resolución N° 38/95 del Grupo mercado Común y la Recomendación N° 01/01 de la Subgrupo N° 6 “Medio Ambiente”.

En los tratados y resoluciones antes citadas se puede resaltar la importancia de la temática ambiental en la consolidación y profundización del MERCOSUR; la cooperación entre los Estados Partes a fin de mejorar la calidad ambiental en la región; y fundamentalmente la necesidad de contar con un marco jurídico para reglamentar las acciones de protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales del MERCOSUR.

En este sentido el presente acuerdo da ese marco jurídico que facilita la protección del medio ambiente, comprometiéndose, los Estados partes, a cumplir sus objetivos para lograr una mejor calidad del ambiente y la vida de la población.

ACUERDO MARCO DE MEDIO AMBIENTE DEL MERCOSUR

El mismo consta de un Preámbulo el cual indica la necesidad de la cooperación recíproca que favorezca el desarrollo integral de la región, específicamente de los recursos naturales y su conservación.

Se divide en cuatro capítulos:

1º PRINCIPIOS

2º OBJETO

3º COOPERACION EN MATERIA AMBIENTAL

4º DISPOSICIONES GENERALES

ANEXO designado “Áreas temáticas” dividido en cuatro partes:

- 1- Gestión sustentable de los recursos naturales
- 2- Calidad de vida y planeamiento ambiental
- 3- Instrumentos de la política ambiental
- 4- Actividades productivas ambientales sustentables

Por medio de este instrumento los Estados partes se comprometen a cooperar en el cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre materia ambiental, debiendo profundizar el análisis de los problemas en la subregión mediante diversas acciones, como incrementar el intercambio de información legislativa, procedimental y política; incentivar y optimizar la gestión del medio ambiente; armonizar la legislación ambiental conforme las diferentes realidades de los países; promover los procesos productivos y servicios no degradantes del medio ambiente; la investigación científica y el desarrollo de tecnologías limpias, la educación ambiental, entre otros.

Con respecto al tema que nos ocupa, fondo ambiental a nivel regional, el artículo 6º incisos J y K, solo se refieren a la contaminación ambiental y textualmente expresan “estimular la armonización de las directrices legales e institucionales, con el objeto de prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados Partes, con especial referencia a las áreas fronterizas;... brindar, en forma oportuna, la información sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los demás Estados partes y cuando fuere posible, apoyo técnico y operativo.

Siguiendo esta tendencia, el 7 de julio de 2004 se firma el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales por decisión del Consejo del Mercado Común, N° 14 de 2004.

De lo expuesto, se entiende que en materia de creación de un fondo a nivel regional, el MERCOSUR se haya muy lejos, la agenda ambiental en el

MERCOSUR ha retrasado la debida atención a las cuestiones ambientales, así como también es necesario armonizar las legislaciones de los Estados miembros con el fin de consolidar una política ambiental a nivel regional.

CAPITULO VI

FONDO DE COMPENSACION AMBIENTAL. LINEAMIENTOS PARA CONFECCION DE LEY ESPECIAL. PROPUESTA

▪ ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL

Con el fin de establecer una estructura organizacional del fondo, y pretender fijar un organigrama, se debe previamente analizar la distribución de competencias entre la Nación y las provincias relativas las cuestiones ambientales.

Es así que recurriendo a los principios generales, la división de competencias entre la Nación y las provincias, surge de aplicación del Art. 121 conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la nación , y que en 1994 la reforma constitucional dispuso en la cláusula contenida en el 3º párrafo del Art. 41 CN que “corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que ellas alteren las jurisdicciones locales.

Como así también la Constitución establece que la competencia nacional tiene una jerarquía superior a la provincial y que en consecuencia es suprema.

Continuando con el análisis de otras disposiciones agregadas al texto constitucional, en el capítulo dedicado a los gobiernos de provincia, el constituyente ha considerado conveniente expresar “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (Art. 124). Tal disposición debe ser considerada con cuidado en la medida que al titular del dominio de algún bien como regla general le corresponde el ejercicio de la jurisdicción sobre el mismo. Es decir que al titular de dominio de una cosa, en este caso de los recursos naturales, le compete el ejercicio de las jurisdicciones susceptibles de ser ejercitadas sobre los mismos. Cada una de dichas jurisdicciones se corresponderá con alguna función de gobierno que hace a la utilización del recurso sobre el cual ella se ejerce.

La LGA, ha producido una delegación a favor de la nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos, entendiéndose por tales a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental...” (Art. 6° LGA), los que deberán aplicarse necesariamente en relación al uso de los recursos naturales.

Ahora bien, la combinación de ambas disposiciones –Art. 41 y 124- hace pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importara un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos.

También deben considerarse otros artículos que hacen a la cuestión federal y que han sido introducidos por la reforma. Todos ellos establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de establecimientos de utilidad nacional (Art. 75, inc. 30 CN) de intervención federal (Art. 75, inc. 31 CN), de régimen financiero (Art. 75, inc. 2°), de autonomía municipal (Art. 123 CN), de nuevas potestades provinciales (Art. 124 1° parte), etc. Todas estas cuestiones junto a las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del Art. 75 (“nueva cláusula de progreso”) están señalando un claro rumbo deseado por la el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo. En virtud de ello la determinación del alcance de las potestades nacionales derivadas de la expresión “presupuesto mínimo” debe hacerse con alcance restrictivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto, reforzando el carácter preeminentemente local de la cuestión ambiental en el fallo Roca Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad³⁴.

Ahora bien, en el momento de llevar a la práctica tal división interjurisdiccional, se presenta el interrogante de cual es la línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales, más aún en la cuestión que ocupa al presente trabajo, la ambiental, en especial con respecto a un fondo ambiental.

³⁴ Roca Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad. Fallo R. 13. XXVIII, La Ley, 1996-B.

En virtud de todo lo expuesto, en cuanto a la estructura organizacional se refiere; se concluye que fondo de compensación ambiental deberá establecerse en el ámbito del COFEMA, organismo reconocido a través del Pacto Federal, por todas las provincias como instrumento válido para la coordinación de la política ambiental; éste consta de los siguientes órganos:

- **Asamblea ordinaria**
- **Secretaría Ejecutiva**, cuya estructura está organizada con un presidente, un vicepresidente y los representantes de las 6 regiones argentinas, que a continuación se detallan:
 - Noroeste argentino: Salta, Jujuy, Tucumán, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero.
 - Noreste argentino: Corrientes, Misiones, Chaco y Formosa.
 - Centro: Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos.
 - Nuevo Cuyo: Mendoza, San Juan, San Luis y La Rioja.
 - Comahue: Neuquén, Río Negro y La Pampa
 - Patagonia: Santa Cruz, Chubut, Tierra del Fuego
 - También está representada la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- **Secretaría Administrativa**: ejercida por la Secretaría de Medio ambiente de la Nación.

Por lo tanto el COFEMA, es un ámbito en el cual de común acuerdo provincias, nación y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin transgredir ninguna norma constitucional trabajan conjuntamente para el establecimiento de una política ambiental a nivel general.

Es justamente aquí donde sería el lugar mas propicio para que se establezca la estructura del Fondo de Compensación Ambiental, dado que se logra un lugar de armonía legislativa y de participación federal.

Como ya se analizó en su oportunidad la experiencia comparada, del superfondo norteamericano, CERCLA, éste ha circunscripto el alcance de su tarea a la detección de los sitios contaminados y a su remediación. Asimismo otra diferencia sustancial con nuestro fondo de compensación ambiental es que aquel tiene reservada la administración en un solo órgano: la Agencia de

Protección Ambiental de EE. UU, que trabaja en cooperación con las jurisdicciones de cada Estado y las tribus de pueblos originarios.

Tomando tal experiencia la centralización de las decisiones parece ser el camino más útil y expedito para la toma y ejecución de decisiones, pero el fondo de compensación ambiental deberá adaptarse al sistema federal ambiental.

Es por ello que se puede plantear una centralización desde el punto de vista organizacional con colaboración jurisdiccional.

La propuesta en este punto consiste en establecer en el ámbito del COFEMA un órgano destinado a la organización, selección de proyectos y asignación de recursos para los proyectos que sean elaborados y presentados por las provincias.

Cabe agregar en este punto de análisis, los lineamientos que se estudiaron en virtud de la formación de un Fondo Nacional Ambiental, en la XX Asamblea Ordinaria del COFEMA del 22 y 23 de abril de 1997, donde el Lic. Pablo Aguilera informa: “acerca de los avances producidos en la constitución del Fondo Ambiental Nacional. La forma jurídica que adoptará será, previa aceptación del Ministerio de Economía, de ente autárquico con mayoría estatal en su administración. También contará con un consejo asesor que orientará el destino de los fondos. El COFEMA considera que es la herramienta idónea para la asignación de los fondos del FAN y que debe formar parte mayoritariamente del ente administrador del mismo.

La Dirección Nacional de Fortalecimiento Institucional comenta que habiendo tomado debida nota de los antecedentes internacionales existentes en materia de constitución y administración de fondos ambientales, así como, información preliminar suministrada por las agencias multilaterales de financiamiento, la SRNyDS entiende que el órgano administrador del fondo deberá estar mayoritariamente constituido por representantes gubernamentales y en ese contexto el COFEMA formará parte del mismo.

Se solicita a los representantes que recopilen información acerca de proyectos ambientales potencialmente financiables con recursos del futuro fondo y se

remita la información a la Secretaría Administrativa para su canalización al PRODIA.”³⁵

Dado el estudio previo y el análisis de normativas nacionales y provinciales, la propuesta a nivel organizacional que se plantea es la siguiente:

Anexar a la estructura actual del COFEMA, un área que se denomine Fondo de Compensación Ambiental (FCA).

Teniendo en cuenta que la disposición del Art. 34 de la LGA, plantea que el FCA debe ser administrado por autoridad competente de cada jurisdicción y con el ánimo de no transgredir tal normativa y hacer viable la propuesta; debería plantearse la posibilidad que los representantes de todas las provincias, la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, suscribieran leyes de adhesión al proyecto planteado, o bien se procediera a reformar el artículo 34 de la LGA, en la parte referida a la administración del FCA, estatuyendo la centralización del mismo en el ámbito del COFEMA.

A continuación se detalla la estructura organizacional propuesta:

F.C.A. Dirección ejecutiva: que estará formado por los miembros de la secretaría administrativa, el presidente y los representantes de las regiones. Se debe incorporar también en esta área al representante de la Secretaría Administrativa del COFEMA.

La dirección ejecutiva del FCA, deberá tomar las decisiones por mayoría.

Las áreas dependientes de esta dirección ejecutiva son las siguientes:

AREA DE PROYECTOS: destinada a la coordinación de la presentación de proyectos y aprobación de proyectos.

De este se desprenderán subgrupos de conformidad con la Ley General de Ambiente –art.34-, donde define las atribuciones del fondo.

PREVENCION Y MITIGACION: Área destinada a promover la presentación de proyectos vinculados a la prevención y mitigación

³⁵ COFEMA. Fondos Ambientales. XX Asamblea Ordinaria. Fecha: 22 y 23 de abril 1997.

de los efectos nocivos al ambiente. Asimismo de interponer acción de prevención, prevista en el Art. 43 CN, amparo ambiental (esta acción se analiza en detalle en el punto –Procedimiento ambiental-)

EMERGENCIAS AMBIENTALES, sector vinculado a evaluar las emergencias ambientales y elaborar una lista de prioridades.

PRESERVACION Y COMPENSACION: área destinada a la elaboración de proyectos tendientes a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

PROYECTOS ESPECIALES, área destinada a la atención de los proyectos presentados por la ciudadanía, universidades, empresas, ONGs, asociaciones debidamente acreditadas, siempre que cumplan con los requisitos de presentación y se hallen directamente relacionados con el objeto del FCA.

AREA DE FINANZAS Y SUSTENTABILIDAD, área destinada a contabilizar los recursos provenientes de las líneas de financiamiento, trabajará en coordinación con el área administrativa fundamentalmente.

Destinada a identificar nuevas oportunidades de captación de fondos y de seguimiento a los juicios destinados al pago de multas y/o acciones destinadas a obtener una indemnización monetaria.

AREA ADMINISTRACION: su función será el análisis de la lista de prioridades, asignación de recursos a los proyectos aprobados.

Se encargará de llevar una adecuada contabilidad, elaboración de convenios, presupuestos y coordinar acciones administrativas del fondo.

AREA DE AUDITORIA, sector destinado al monitoreo de los proyectos aprobados y en ejecución, serán los encargados de brindar informes periódicos a la dirección ejecutiva, los cuales deberán ser publicados en un sitio web para el libre acceso de la ciudadanía y la transparencia del sistema. Brindará a su vez índices y estadísticas que deberá tener en cuenta el área de proyectos para la aceptación o rechazo de los proyectos.

- ELECCION DE LOS MIEMBROS

Es necesario considerar detalladamente las implicancias de establecer un sistema de elección de los miembros que permita su rotación periódica, para asegurar transparencia y democracia en el ejercicio de las funciones.

- FINANCIAMIENTO

Antes de entrar en el desarrollo pormenorizado de este punto, es necesario conocer las herramientas jurídico-económicas existentes para la constitución del fondo, conocidas como Instrumentos Económicos Ambientales (IEA).

Los IEA son “acciones de carácter tributario, fiscal o administrativo, con mayor o menor injerencia del sector privado, que actúan a través del sistema de precios con el objetivo de corregir problemas ambientales.

Los IEA permiten, a través de señales económicas, orientar conductas hacia las actividades más sustentables y desalentar las más perniciosas, teniendo como objetivo secundario la recaudación de fondos destinados a causas ambientales.

Destacamos entonces el doble objetivo de los IEA.:

Principal e indirecto: orientar conductas hacia las actividades más sustentables–incentivando económicamente las de menor impacto y encareciendo las de mayor impacto–.

Secundario y directo: recaudar fondos que permitan afrontar los costos de las actividades con externalidades ambientales. Si bien el objetivo conductista o finalista o de ordenamiento constituye su nota tipificante, principalmente para los instrumentos creados en los Estados Unidos, que es en donde se ha trabajado con mayor creatividad y consistencia en materia de IEA., el objetivo recaudador no debe ser minimizado, ya que constituye una legítima e importantísima fuente de recursos económicos que pueden destinarse al

ambiente. Los IEA con objetivo recaudador son los que tradicionalmente funcionan en los países de Latinoamérica, incluyendo la Argentina.”³⁶

La LGA, no determina como se sustentará financieramente FCA, tampoco expresa si los fondos estarán conformados con fondos federales o provinciales. Todo ello es tema de examen e interpretación, que deberá la legislación especial resolver y que a continuación se señala.

El área de sustentabilidad y finanzas propuesta en el punto precedente, será el órgano encargado de llevar adelante un plan de financiamiento, acorde a la política legislativa tributaria nacional.

Para ello es necesario fundamentalmente establecer las fuentes de ingresos.

Como punto de partida se analiza brevemente las experiencias internacionales en cuanto a financiamiento se refiere.

El caso norteamericano, CERCLA, se financia con los recursos obtenidos básicamente de perseguir administrativa y judicialmente el cobro de las indemnizaciones debidas por parte de los PPR, aquellos que son “partes potencialmente responsables”, pero principalmente se nutre de un régimen de impuestos que grava los productos y las actividades presuntamente generadoras de sustancias peligrosas, como ser:

- a) los productos químicos
- b) los productos derivados del petróleo
- c) las ganancias de las industrias químicas y de derivados del petróleo.

En tanto que el FMCN mexicano para la conservación obtiene sus fondos de organizaciones filantrópicas internacionales y del Gobierno de los EE. UU. por un monto de u\$s 475.000, durante los dos primeros años del proceso de diseño que le permitió sufragar los costos de arranque y establecimiento de la institución.

Así es que el FMCN mexicano para la conservación, se financia con los intereses generados por el capital patrimonial y aportaciones de aplicación

³⁶ Valls Mariana. Una luz en el camino... los instrumentos económicos para la protección del ambiente. Revista Jurisprudencia Argentina. 2002. JA 2002-III-1067: 1-22.

directa. Cada uno de los donantes establece techos presupuestarios para los costos operativos permisibles.

Con respecto al caso brasileño, FNMA, Fondo Nacional de Medio Ambiente, inició sus actividades en 1992 con su primer aporte cuando se firma un acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) quien aporta U\$S 30 millones.

En el caso argentino, el FCA, tendrá que tener distintas líneas de financiamiento:

- 1) **Cobro de indemnizaciones por acciones entabladas** y ejecutadas contra sujetos contaminadores. “Acción Popular de Recomposición del Ambiente”-se analiza en el ítem subsiguiente: -procedimiento ambiental-. Estas indemnizaciones son obtenidas como resultado de la aplicación del régimen de responsabilidad cuando no es posible efectuar la recomposición del daño en especie, tal como lo expresa la LGA, en su artículo 28.

En alusión a esta línea de financiamiento, cabe hacer mención que también el Súper Fondo Norteamericano –CERCLA-, se sustenta financieramente por los recursos obtenidos de su actividad consistente en perseguir administrativa y judicialmente el cobro de las indemnizaciones debidas por parte de las PPR, es decir de las partes potencialmente responsables.

- 2) **Impuestos ambientales**, necesario destacar aquí la importancia de establecer un régimen tributario ambiental tendiente a recaudar fondos para cumplir los objetivos del FCA.

Los impuestos ambientales como un instrumento económico ambiental, pueden tener una doble finalidad, esto es disuasivo y/o recaudador.

Derecho comparado

“Entre los impuestos ambientales que se han puesto en práctica encontramos en las Islas Baleares españolas el impuesto a las instalaciones afectadas a actividades contaminantes o distorsionadoras del medio ambiente, como el transporte de energía eléctrica, los carburantes, las comunicaciones telefónicas o telemáticas (ley 12 de 1991 art. 2). La intención de este instrumento era claramente de ordenamiento u ordenador de conductas, conforme a la idiosincrasia europea, ya que al encarecer las instalaciones más contaminantes éstas preferirían otro lugar donde instalarse.

En cambio, en Méjico el impuesto ambiental se ha aplicado con una finalidad típicamente recaudadora, como en el caso del Impuesto a la Gasolina que se aplica a nivel federal en Méjico desde 1995. Lo recaudado a través de este mecanismo se destina en forma directa a financiar las obras para reducir las emisiones gaseosas ocurridas en las estaciones de servicio. El impuesto representa un porcentaje del 0,5% sobre el valor total de la gasolina, cuyo precio oscila naturalmente entre un 0,4 y 0,8%, con lo cual su incidencia es prácticamente imperceptible para el consumidor.

Volviendo a Europa, donde los impuestos son el instrumento económico de protección ambiental favorito, encontramos en Suecia y Dinamarca el impuesto a los productos con procesos productivos contaminantes o menos limpios que otros, como aquellos que requieren de un alto consumo de energía para su producción. Este impuesto es de ordenamiento pero de incidencia indirecta, ya que grava el producto para incidir indirectamente sobre su proceso productivo y no directamente al proceso productivo. La aplicación de estos impuestos ha logrado racionalizar el uso de las energías no renovables, tendiendo a reconvertir el sistema y a bajar el nivel de emisiones.

Con un objetivo similar pero actuando en forma directa, el Carbon Tax grava las emisiones de carbono dentro de la Unión Europea, induciendo a las empresas de alto consumo energético como las de transporte, de

energía intensiva y las industrias en general a racionalizar el uso de energía y a disminuir las emisiones de carbono a la atmósfera. La aplicación de este instrumento tiene una inteligente doble finalidad que los demás IEA deberían imitar, ya que su objetivo consiste en limitar las emisiones (conductista) y, además, reinvertir lo recaudado en nuevas tecnologías de producción limpia (recaudatorio). El aspecto problemático de este instrumento radica en el precio de exportación del producto debido a la alta carga tributaria que soporta en relación con los demás países.

Finalmente, tenemos con una exitosa implementación práctica el impuesto a los efluentes instrumentado en Holanda. El sujeto pasivo es el que emite el efluente contaminante y la finalidad es disuadir la eliminación de efluentes a los cuerpos receptores a través de una gravación alta de la actividad. Tal como se instrumenta en Holanda, es puro de ordenamiento, ya que su finalidad no es recaudatoria, como en el caso de la tasa para control y recomposición, sino disuasiva. Las mediciones efectuadas reflejan un descenso del 79% en la descarga de contaminantes orgánicos a los cuerpos receptores, estimándose que los logros pueden atribuirse completamente al sistema impuesto³⁷.

Haciendo una reminiscencia al respecto con el Fondo Norteamericano – CERCLA-, se halla que su principal fuente de recursos está basada en los impuestos que gravan a los productos y las actividades presuntamente generadoras de sustancias peligrosas, como ser:

- los productos químicos
- los productos derivados del petróleo
- las ganancias de las industrias químicas y de derivados del petróleo.

Como se ha podido observar los impuestos ambientales son una herramienta muy aprovechada en todo el mundo y su utilidad ha dado los resultados esperados.

³⁷ COFEMA. Fondos Ambientales. XX Asamblea Ordinaria. Fecha: 22 y 23 de abril 1997.

Es por ello que esta fuente de recursos económicos, mas allá de cumplir con las finalidades extra-recaudatorias, cobra vital importancia y debe funcionar como un elemento esencial para el financiamiento del FCA.

3) Asignación de partidas presupuestarias. Según el análisis del presupuesto año 2006, se ha asignado la suma de \$ 67.772.313³⁸ al área de salud y medio ambiente. El Tesoro Nacional deberá discriminar una parte de la asignación y destinarla al FCA.

4) Donaciones. Con el fin de fomentar los recursos económicos tendientes a conformar el FCA, podría preverse un incentivo fiscal, anexando al régimen tributario existente en materia de impuesto a las ganancias, la posibilidad de quien done dinero para la formación del Fondo de Compensación Ambiental, obtenga los beneficios fiscales como los dispuestos en el Art. 81 inc. c) de la Ley 24.475 y mod. (Ley de Impuesto a las Ganancias), el cual reza “Las donaciones a los fiscos Nacional, provinciales y municipales y a las instituciones comprendidas en el inciso e) del artículo 20, realizadas en las condiciones que determine la reglamentación y hasta el límite del CINCO POR CIENTO (5%) de la ganancia neta del ejercicio. La reglamentación establecerá asimismo el procedimiento a seguir cuando las donaciones las efectúen sociedades de personas”. (Requisitos para deducción se hallan en la RG AFIP 684/99.).

5) Tasas.

Las tasas ambientales

“El Régimen Fiscal del Medioambiente aparece por primera vez tratado en nuestro continente por dos argentinos los Dres. Pigretti y Cano (1978/79), quienes revelan la existencia de un régimen fiscal del Medioambiente que

³⁸ Fuente Ministerio de Economía. Presupuesto Nacional 2006. Disponible desde URL:<http://www.mecon.gov.ar/onp/html/ley-2006/jurent/D06J80.pdf>

provee al sostenimiento de los recursos naturales y la lucha por la contaminación, basado en el principio contaminador-pagador.

La tasa ambiental no es una figura extraña, ni específica del derecho Ambiental, es la tasa simplemente que incorpora el elemento ambiental, un servicio o actividad ambiental, es su hecho imponible.

Así la provisión de servicios de agua, saneamiento, barrido, limpieza, higiene, seguridad, desarrollo energético, se proveen a través de tasas.

El primer país que definió la tasa ambiental fue Colombia en 1974 cuando creó el primer Código de Recursos Naturales, definiendo un sistema de tasas como cobertura de servicios ambientales como agua, y preservación de los recursos naturales.

Analizando el amplio espectro de tasas existentes podemos clasificarlas en dos tipos:

- COMPENSATORIAS buscan compensar los daños producidos, ingresa el Principio Contaminador-pagador.
- REDISTRIBUTIVAS cumplen una función extrafiscal si bien esta es limitada, ya que prevalece la prestación de servicio o actividad.

Uno de los problemas más serios es la cuantificación de la tasa, se reconoce como más justa la fórmula de la cuantía global en la que se pondera costo de servicio y un índice de capacidad contributiva, esto de alguna manera permite redistribuir. Ahora bien aquí el principio económico del contaminador -pagador se transforma en un principio aplicado por la doctrina alemana el Principio del causante, que excede la imputación al daño o valor del servicio, internalizando la justicia social.

Las tasas ambientales: países unitarios y federales

He aquí una primera necesidad: la coordinación interna en cuanto a tributación ambiental y sobretodo en el tema tasas. La superposición y la creación de tasas por servicios que no corresponda llevan a una injusta y gravosa carga que afecta la competitividad.

Por otro lado en países unitarios podemos tener unas tasas nacionales, como por ejemplo en Áreas Protegidas y una mayoría de tasas Municipales. Ahora bien los países federales pueden tener tres niveles de tasas a pagar, si esto no esta coordinado y organizado en base al Poder de Policía Ambiental y el Poder Fiscal, generara un caos que devendrá en falta de competitividad a nivel comunitario.

Así primero deberá establecerse una clara coordinación interna para poder evitar tropiezos.

Problemas transfronterizos

La existencia de estas cuestiones regionales nos llevan a plantear armonización en estas zonas, indispensable para un buen funcionamiento, evitando hacer caer la competitividad de los mas cuidadosos del medio ambiente, y el dumping ecológico.

De todos modos será necesario y así existe normativa regional que soluciona problemas regionales y donde estos instrumentos tributarios deben funcionar en paralelo.

Esto cae en una clara política de tasas submercado.”³⁹

Luego del análisis del concepto de tasa ambiental y de la problemática que ésta presenta se entiende a la tasa como un tributo que se impone al disfrute de ciertos servicios o al ejercicio de ciertas actividades. En tanto que el impuesto es una obligación pecuniaria que el Estado, en virtud de su poder de imperio, exige a los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades, sin asignación previa a un gasto preciso. A diferencia de las tasas, el impuesto no implica una contraprestación directa de servicios.

El derecho comparado ha utilizado esta herramienta en muchas oportunidades, por ejemplo para el Fondo japonés, llamado fondo de compensación por enfermedades respiratorias causadas por la contaminación ambiental, es la principal fuente de financiamiento, y

³⁹ Lifschitz Nora B. y Gold Graciela. La cuestión de la armonización del financiamiento ambiental. Las tasas ambientales en el MERCOSUR. Ponencia presentada en el Colegio de Abogados de San Isidro. Colegio de abogados de la Provincia de Buenos Aires.

consiste en la aplicación de tasas sobre las instalaciones contaminantes – industrias en un 80% y en un 20% con el cobro de impuestos sobre fuentes móviles-vehículos de motor.

En nuestro país existen muchas tasas aplicadas a la actividad medioambiental así por ejemplo se encuentra la dispuesta por la Ley N° 24.051 que establece la obligación de pago de una tasa para los generadores de residuos peligrosos sometidos a su régimen.

En función de la adecuación administrativa del sistema y los datos con que cuenta la SECRETARIA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, se hace posible determinar, con un importante grado de certeza, la generación de residuos peligrosos, pero para lograr la eficiencia del sistema en forma integral se requiere modificar la forma de liquidación de la Tasa Ambiental Anual. Sin perjuicio de mantener el principio del artículo 16 de la Ley N° 24.051, donde la tasa se abona en función de la cantidad y peligrosidad de los residuos generados. El cálculo de esta tasa ambiental anual se determina a través de la resolución Nro: 926/2005 de la secretaría de ambiente y desarrollo sustentable.

Deberá analizarse el destino de los fondos provenientes de la aplicación de esta tasa y de todas aquellas que afecten las actividades susceptibles de producir daños al medio ambiente y redireccionarlas hacia el FCA, para que éste pueda cumplir con su objeto y arribar con mayor eficiencia a su objetivo.

Será también un punto a evaluar a nivel regional dado que como se ha señalado precedentemente en la ponencia de las Dras. Lifschitz Nora B. y Gold Graciela, las tasas no deberían afectar a la competitividad de los productos que coexisten en una misma región.

6) Multas. La multa se define como una sanción que consiste en el pago de una cantidad de dinero, fijada por una autoridad y que se impone a una persona que ha cometido una infracción o un delito.

Por lo tanto, el monto que provenga de todas las infracciones y/o delitos cometidos contra el medio ambiente conformará gran parte de los ingresos destinados al FCA.

7) Ingresos provenientes de convenios establecidos con el Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial.

La protección del ambiente y el desarrollo sustentable, constituyen para estos organismos objetivos a perpetrar, es por ello que en vista de una necesidad imperiosa de financiamiento, los funcionarios podrán establecer diálogos para la obtención de financiamiento que logre la formación del fondo y por consiguiente la concreción de sus objetivos.

Como ya se expuso en su oportunidad, ambos organismos han asistido financieramente a fondos ambientales en otros Estados, con lo cual podría advertirse la posibilidad llegar a establecer acuerdos tendientes al financiamiento del FCA.

▪ ALCANCE DEL OBJETO DEL FCA

La LGA, ha dispuesto un objeto muy amplio cuando se refiere al FCA, se puede decir que tiene un alcance generalizado, puesto que el Art. 34 enumera las siguientes atribuciones del fondo:

- “garantizar la calidad ambiental,
- prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente
- atención de emergencias ambientales
- protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente
- sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado –es facultad de las autoridades su determinación-

Como puede observarse, este fondo es polifacético y su tarea va desde la prevención hasta sustentar costos para la restauración del ambiente, con lo cual, la ley especial que intente reglar al FCA, deberá delimitar claramente cada uno de las funciones a cumplir detallando el alcance de las tareas a desarrollar.

Sobre este supuesto, la experiencia norteamericana –CERCLA-, se ha diferenciado considerablemente, al FCA, ya que limita el alcance de sus funciones pura y exclusivamente a la remediación de los sitios contaminados.

Otra experiencia del derecho comparado son los fondos japoneses, fondos que también invisten carácter público, cuyo objeto está dirigido a indemnizar personas que sufran enfermedades específicas –Ej. Fondo de Minamata-.

Es por ello, que deberá evaluarse con cautela cada una de las funciones y delimitarlas para que no se produzca una confusión que lleve a la inoperancia del fondo.

En el punto donde se trató la estructura organizacional, se asignó en la organización propuesta un sector diferenciado para cada actividad dispuesta en la norma, aun así deberá aclararse exactamente que comprende cada tarea.

- PROYECTOS

Para la presentación y elección de proyectos sea exitosa, debe ser ágil y simple, transparente, y organizada por etapas. Para ello se considera necesario, seguir la experiencia norteamericana y trabajar con una LISTA DE PRIORIDADES AMBIENTALES, las cuales deberán ser publicadas anualmente.

Esta lista será confeccionada por expertos en la materia, quienes trabajaran en el ámbito del COFEMA con los representantes jurisdiccionales, separando las problemáticas por regiones.

En base a ello, cada región implicada elaborará proyectos sustentables, donde deberá indicarse técnicamente la problemática, los recursos necesarios, -hasta el límite asignado por jurisdicción-, para satisfacerla y el período de tiempo estimado para cumplir con el proyecto tendiente a la solución o prevención de tales situaciones.

Serán aceptables también los proyectos presentados por el sector privado, ONGs, Universidades, siempre que cumplan todos los requisitos para poder ser admitidos y evaluados.

La dirección ejecutiva, junto con el de proyectos, dará a conocer en un plazo prudencial, cuales son los proyectos aprobados y el plazo de ejecución de los mismos.

▪ PROCEDIMIENTO AMBIENTAL

1) “Acción Popular de Recomposición del Ambiente”

Cabe aquí hacer un breve análisis de esta acción que tiende a la recomposición del ambiente y a la indemnización que sustenta económicamente al FCA.

Esta acción surge a partir de la nueva LGA, donde en el artículo 30 primera parte se dispone la acción de recomposición e indemnización subsidiaria.

Los legitimados activos para entablar la acción son, según lo establece la norma:

- el afectado
- el Defensor del Pueblo
- Asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental
- Estado Nacional, provincial o municipal
- La persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

El objeto

“La acción tiene como objeto lograr la recomposición del ambiente mediante la restitutio in natura o restitutio in pristinium, y en su defecto la indemnización sustitutiva, con destino al Fondo de Compensación

Ambiental. Entendiendo que ambos objetos no son totalmente excluyentes. En efecto, es posible que no pueda lograrse totalmente la recomposición, en cuyo caso, en parte deberá el condenado recomponer, y en la parte que no se logró la recomposición, deberá abonar la compensación que el juez fije.”

Legitimación activa

Queda claro quienes son los legitimados activos, tal como se lo expone arriba, pero la duda se plantea en cuanto nos referimos al “afectado”.

La mención del afectado, ya aparece en la Constitución Nacional, reforma de 1994, en el Art. 43, cuando expresa “...*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...*”

Existen dos teorías, en cuanto a qué se entiende por “afectado”. Una tesis restringida, que sostiene que, para que exista “afectado” debe acreditarse una afectación personal, asimila al afectado al titular de un derecho subjetivo de tipo individual, que el afectado haya sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos.

Postura que se ha quedado con la vieja distinción de “intereses simples”.

La Constitución es clara y consagra con el mas alto rango los derechos de incidencia colectiva, entre ellos el derecho a un ambiente sano y como tal un Derecho Humano.

Si la Constitución ha consagrado como categoría jurídica el Derecho Humano a un Ambiente sano, y apto para el desarrollo del hombre, con calidad de “derecho de incidencia colectiva”, esto es, derecho subjetivo difuso, categoría que reviste como principal característica, justamente el ser difuso, el estar diseminado, difuminado, en cabeza de todos los habitantes, no se puede pensar que la garantía creada para su protección pueda otorgarse solo a alguno de los titulares del derecho. A no dudar el Art. 43 regula dos versiones de la acción de amparo, la versión individual en la primera parte y la colectiva en la segunda. El amparo individual es otorgado a “toda persona”, va de suyo que, al ser individual la legitimación activa corresponderá a quien se encuentre incidido en sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Pero esta relación deriva de la peculiaridad de la calidad de “individual” de la

acción de amparo en tal sentido. La segunda parte, que se refiere al amparo colectivo, se refiere *al afectado* otorgándole legitimación activa. Va de suyo que será afectado el titular de derecho de incidencia colectiva que se vea afectado. Por ello se adhiere a la tesis amplia.

La tesis amplia entonces entiende que “afectado” es todo titular de un derecho subjetivo difuso, de un derecho de incidencia colectiva, en consecuencia, cualquier afectado puede actuar.

En el estado actual del desarrollo del derecho procesal, se entiende que la vinculación entre el derecho material y la posibilidad de su instrumentación por la vía del proceso ha de ser eficaz y justa, por lo tanto los constituyentes al consagrar estos derechos lo han hecho para que efectivamente gocemos del derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano, por ello la garantía ha de estar acorde con dicha consagración.

La segunda cuestión se plantea, en tanto y en cuanto la ley expresa: *“asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción”*, aquí no hay duda en cuanto a que, el damnificado directo es aquel que ha resultado dañado a través del ambiente. Va de suyo que la legitimación del damnificado directo en esta acción popular no le inhibe la acción particular por el daño sufrido.

La ley establece que deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los legitimados activos por la propia ley señalados, no podrán interponerlas los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Legitimación pasiva: Corresponde a todo aquel que ha causado un daño⁴⁰.

⁴⁰ Rubino Allende Horacio. Presupuestos Mínimos del Derecho Procesal Ambiental. Suplemento Derecho Ambiental. La Ley. 2005; 23 de septiembre; Págs. 6-7.

Otras acciones ambientales vinculadas con el objeto del FCA.

a) ACCION DE PREVENCION, reglada en el Art. 43 de la Constitución Nacional, amparo ambiental.

b) ACCION POPULAR DE CESE DEL DAÑO, reglada en el Art. 30 de la ley 25.675, última parte.

a) Es sabido que la acción de amparo procede *cuando en forma actual o inminente lesione, restrinja altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías*. La inminencia permite que se prevenga antes del comienzo de las actividades dañosas.

Legitimación pasiva: corresponde a toda aquella persona pública o privada, física o jurídica que incurra en amenaza de acción u omisión que pueda causar daño ambiental.

b) El objeto de esta acción consiste en el cese del daño, implica que el daño ya ha comenzado a producirse, con esta acción lo que se trata es que se detenga lo que lo que ya ha comenzado a producir perjuicios ambientales.

Lo que se presupone no es que el daño no se ha producido por un acto único que ha cesado, sino que se trata de una acción continuada que sigue produciendo daño o de una omisión de acción, que por su persistencia logra la continuación del daño.

Legitimación activa: En todas las acciones de analizadas la cuestión referida a la legitimación activa, se enmarca en el “moderno concepto de la acción como un derecho humano a la Justicia de derecho a la jurisdicción, como derecho subjetivo como potestad (cuando se ejerce) y como facultad (cuando está latente), enmarcado en la garantía constitucional de defensa en juicio. Así el derecho procesal no es un derecho meramente

instrumental sino una garantía de los derechos fundamentales del hombre”⁴¹.

La ley 25.675, establece en cuanto a esta acción “*que toda persona podrá solicitar mediante acción de amparo, la cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo*”. Por lo tanto la legitimación está otorgada a “toda persona”, Igual redacción se encuentra en la Carta Magna, Art. 43 cuando se refiere al amparo y al habeas data.

En consecuencia esta acción podrá ser ejercida por cualquier habitante en su calidad de titular de un derecho subjetivo difuso a un ambiente sano (Art. 41 C.N.). El concepto de “toda persona” es mas abarcativo que el de “todo habitante”, dado que abre la posibilidad de entablar la acción aun a quien no sea habitante de la nación, sobre todo teniendo en cuenta los principios del Derecho Ambiental de supranacionalidad, de responsabilidad compartida y de primacía de los derechos colectivos.

Legitimación pasiva:

Corresponde a quien es autor de la acción que está produciendo el daño se halla incurso en la omisión de la acción que evitaría que el daño continúe produciéndose, ya se trate de personas públicas o privadas, físicas o jurídicas.

▪ PARTICIPACION CIUDADANA

En concordancia con los principios emanados de la LGA, la participación de la ciudadanía puede tener diversas manifestaciones, ya sea por medio de presentación de propuestas, proyectos, análisis de los proyectos concretados y un sinnúmero de modos en los que la sociedad puede participar para con el Fondo de Compensación Ambiental, pero para que ello suceda es necesario que se garantice el acceso a la información pública ambiental, a continuación se sintetiza tal circunstancia en nuestra legislación nacional.

⁴¹ Conferencia Río de Janeiro Eco. 1992

Acceso a la información ambiental

La LGA, le dedica varias disposiciones a la información ambiental. Ante todo, el Art. 2º inc i), establece entre los objetivos de la política ambiental nacional: “organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma”. De esta manera la información ambiental se convierte en uno de los elementos fundamentales a integrar en todo el plan de políticas ambientales a nivel nacional. Luego la ley reconoce el derecho de toda persona de acceder a dicha información en su artículo 16.

La LGA, completa el segundo párrafo del Art. 41 de la Constitución Nacional ya que la reforma de 1994 no reconoció expresamente el libre acceso a la información pública ambiental y sólo estableció la obligación a cargo las autoridades de proveer a la información ambiental. Quedando así reconocido en forma explícita el derecho de todos los habitantes, de solicitar y recibir información pública ambiental.

Luego, el Art. 17 del mismo cuerpo legal dispone que *“la autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)”*. Por lo tanto queda a cargo de la autoridad el almacenamiento sistémico y periódico de la información, como así también la obligación de ordenarla de modo de facilitar el acceso público a la misma.

También dispone por último el artículo 18, *“las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un*

análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.”

Aquí se contemplan dos aspectos importantísimos para un régimen de información, por una parte se pone el acento sobre la obligación de las autoridades de informar, independientemente de todo requerimiento de persona alguna. Por lo tanto, el primer párrafo completa lo estipulado en el artículo que se acaba de transcribir y hace de la información regular sobre el estado del ambiente un deber que pesa sobre toda autoridad del área ambiental o relacionada con ella. Por último se consagra un instrumento que tiene su principal antecedente en la legislación de Estado Unidos, donde la Agencia Gubernamental Federal debe realizar informes periódicos en materias ambientales generales y específicas que deben presentarse al congreso nacional. En el caso argentino, el informe sobre el estado del ambiente es un instrumento en el que además de hacerse pública la situación en esta órbita de la competencia gubernamental se fijan metas, plazos y se obliga a la autoridad a efectuar una verdadera rendición de cuentas a la luz de lo realizado.

No se puede dejar sin tratar la reciente legislación en materia de acceso a la información pública ambiental, dispuesta por la ley 25.831 de 2004, cuyo breve análisis se describe a continuación por el Dr. Mario F. Valls:

“Es una ley exclusivamente de presupuestos mínimos de protección ambiental.

Virtualmente todas sus normas son de presupuestos mínimos de protección ambiental como declara su artículo 1.

La fuente del derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder de los gobiernos es la Constitución Nacional.-

Como “las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal” (Constitución Nacional, Artículo. 121) el Congreso Nacional no podría, en principio, reglamentar el ejercicio del

derecho constitucional de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder de los gobiernos de Provincia.

Compete a cada Provincia reglamentar el ejercicio del derecho constitucional a la información ambiental, ya que esta reglamentando el cumplimiento del correlativo deber de los gobiernos de Provincia de dar ese uno de sus deberes frente a los ciudadanos, del mismo modo que cada Provincia reglamenta el ejercicio de los demás derechos de fuente constitucional.

Pero el Congreso Nacional decidió uniformar en todo el país la reglamentación del ejercicio del derecho constitucional a la información ambiental, y lo pudo hacer mediante la ley 25831 en uso de la prerrogativa que el Artículo 41 de la Constitución Nacional le atribuye con ese fin.

Esa prerrogativa está condicionada a que ellos no alteren las jurisdicciones locales. Y no las alteran, por cuanto no imponen a los gobiernos locales normas procesales ni de organización.

2.- Está subordinada a la ley 25675. Un marco dentro de otro marco.

En virtud de la supremacía que la ley 25675 asumió frente a las demás leyes ambientales federales (Artículos 3º y 4º), sus normas relativas a la información ambiental se aplican conjuntamente con las de la 25831 y prevalecen sobre ellas.

La interpretación y aplicación de la ley 25831 está sujeta a la ley 25675 (Artículo 3) y al cumplimiento de los principios que su artículo 4º establece.

Además, específicamente la ley 25675 atribuye a todo habitante el derecho de obtener de las autoridades la información ambiental que administren (Artículo 16).

A la autoridad le encomienda:

a) Desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible (Artículo 17).

b) Proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos (Artículo 17).

c) Informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas (Artículo 18 Párr.1º).

Al Poder Ejecutivo de la Nación elaborar un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso que contenga un análisis y evaluación del estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional (Artículo 18 Párr.2º).

En conclusión, la ley 25675 es el marco de la 25831, que por ser de presupuestos mínimos será, a su vez el marco de leyes de presupuestos mínimos locales que norman la materia.

3.-No todo es orden público en la ley 25831.

Son de orden público las normas de la ley 25675 que enmarca a la ley 25831 pero, la categorización como tal de cada una de las cláusulas de esta ley 25831 tendrá que justificarse en cada caso, por cuanto la ley 25831 no siguió la práctica de otras leyes ambientales de declarar que es de orden público.⁴²

▪ RECURSOS HUMANOS

La expresión “recursos humanos” implica que las personas poseen capacidades que impulsan el desempeño organizacional. En los últimos años las personas han sido fundamentales para la creación de ventajas competitivas

⁴² Valls Mario F. La ley 25831 establece presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que obre en poder del Estado. Revista el Dial.com.-Ed. Albremática. 2005. 1-2.

en el sector privado pero también es importante el análisis de esta cuestión en el sector público.

Para que una actividad sea exitosa será necesario que se emprenda con el personal adecuado, que éste se halle motivado con la actividad que realiza.

Es por ello que para que este proyecto no fracase deberá contarse con un equipo asesor formado por profesionales especialmente capacitados para trabajar en equipo.

Principalmente por Licenciados en ciencias ambientales, ingenieros ambientales, abogados, contadores públicos, lic. Administración entre otros que serán llamados a volcar sus conocimientos y cubrir las vacantes en toda la estructura organizacional propuesta.

La clave estará en saber organizar los conocimientos y hacer que estos funcionen ordenadamente.

CONCLUSION

La promulgación de la Ley General del Ambiente (LGA) en 2002 ha constituido un gran avance para el Derecho Ambiental Argentino. Propende a la homogenización de la política ambiental a nivel nacional, y aspira consumir la letra constitucional dispuesta en el Art. 41.

La creación del COFEMA, Consejo Federal de Medio Ambiente en 1990; órgano reconocido por los gobernadores de todas las provincias y Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del Pacto Federal Ambiental, como instrumento válido de política ambiental nacional, sumado a la LGA, han venido a dar un gran paso en la concertación de políticas ambientales para todo el territorio nacional.

El Art. 34 de la mentada ley estipula la creación del “Fondo de Compensación Ambiental” (FCA), y le asigna una serie de atribuciones que van desde la prevención hasta la restauración de los daños ambientales, pasando por la preservación, protección, conservación y compensación de los sistemas ambientales.

El FCA, en complemento con el sistema de responsabilidad previsto en la normativa de fondo haría mucho más eficiente la protección y eventual subsanación de los efectos producidos por daños al medio ambiente.

El sistema de seguridad ambiental previsto en la LGA, consta básicamente de tres instrumentos:

1) Seguro Ambiental: la contratación obligatoria de un seguro ambiental con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición de un daño que se pudiera ocasionar con esa actividad. Este sistema se torna no operativo por carecer en la actualidad de un mercado asegurador en materia ambiental.

2) Fondo de Restauración: la norma establece la posibilidad de integrar por parte de aquellos sujetos obligados a la contratación de un seguro obligatorio, la formación un fondo de restauración ambiental, que posibilite la instrumentación de acciones de reparación que funcionaría como un complemento del punto 1). En la actualidad no se han registrado antecedentes en la formación de este tipo de fondos.

3) **Fondo de Compensación Ambiental:** finalmente, la LGA prevé la formación de un Fondo de Compensación Ambiental, “cuya integración, composición y destino de los fondos serán tratados **por ley especial**”, que al día de hoy carece de tratamiento legislativo y cuyos lineamientos se constituyen en materia objeto de este trabajo.

Por lo expresado, el FCA, se constituye como la única institución susceptible de operar y llevar adelante el amplio objeto ordenado en la norma. Como ya se indicó, viene a ser el complemento ideal del sistema de responsabilidad, ya que en aquellos casos, por ejemplo, en que no se pueda establecer el nexo causal o existan casos de contaminación crónica suple ese vacío brindando una respuesta adecuada a esas situaciones.

Asimismo la necesidad de elaborar la legislación ajustada a este fin ha sido planteada en pretensiones de demandas dirigidas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y siendo una herramienta de vital importancia para cumplir con el precepto constitucional de gozar de un ambiente sano, caerá en letra muerta, por ser una norma meramente programática.

Lejos de ello la propuesta del presente trabajo, se basó en un análisis pormenorizado del derecho comparado norteamericano, mexicano, brasileño, entre otros, extrayendo de esa experiencia internacional modelos a seguir, adecuándolos a nuestro sistema federal ambiental. Formulando de este modo, una estructura organizacional factible de creación anexándola a la estructura preexistente del COFEMA. Tal como se ha reconocido, este es un órgano en el cual se hallan representadas las voluntades de la Nación, Provincias y Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, lo cual facilita la concertación y operatividad del FCA.

Se planteó centralizar de la estructura del FCA en el COFEMA por ser la manera más sencilla, expedita y eficaz de poner en práctica el extenso objeto de la institución en cuestión.

Se propuso además, establecer distintas áreas de trabajo especializadas para llevar a cabo todos los requerimientos previstos en la LGA. Una dirección ejecutiva, un área de proyectos, otra de administración y una de auditoría, detallando en cada caso sus atribuciones y objetivo a perseguir.

Otra asunto fundamental, que se evaluó en detalle en la obra, es el soporte financiero de la estructura organizacional. Para ello se estudiaron todos los instrumentos económicos ambientales existentes y aquellos factibles de implementación.

Se previó establecer un plan de financiamiento basado en:

- Impuestos y tasas ambientales, que además de su rol recaudador, también se enfatizó su rol disuasivo.
- Donaciones, que constituyen un ingreso de importancia, y más aún si son susceptibles de producir beneficios impositivos a quienes las materialicen. En concordancia con la Ley de Impuesto a las Ganancias en su parte referida a las deducciones por donaciones, se propuso incorporarlas y adherirlas al régimen existente en la actualidad.
- Multas por contravenciones ambientales.

En caso de no ser suficientes las líneas de financiamientos planteadas, se esgrimió la posibilidad de recurrir a los empréstitos provenientes del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, tal como se desprende de experiencias extraídas del derecho comparado examinado.

Sin dejar de analizar la cuestión interdisciplinariamente, se consideraron las acciones procesales tendientes a la financiación y prevención. Conocidas como acciones populares de recomposición del ambiente y la acciones de prevención.

La LGA prevé un objeto para el FCA, que como ya se esbozó supra, es sumamente comprensivo. Es aquí donde se enfatizó la necesidad de establecer claramente y especificar muy estrictamente el alcance de sus acciones.

El orden lleva a lograr mayor eficiencia en el cumplimiento de una tarea. Es por ello que se proyectó organizar la labor de este fondo estableciendo lista de prioridades ambientales, a las cuales se les irá asignando recursos para llevarlos a cabo, en función de su importancia y urgencia.

En un todo de acuerdo con la política ambiental nacional se delineó la forma de actuación de la ciudadanía a través de presentación de propuestas y proyectos; entendiendo para ello la necesidad de garantizar el acceso a la información ambiental.

Otro punto de relevancia, lo constituyeron los recursos humanos. Estos deben adecuarse a las necesidades estructurales previstas en el FCA. Los especialistas son aquellos que deben signarse su lugar en la estructura propuesta para alcanzar los fines aludidos a lo largo de toda la obra.

Esta herramienta jurídica, es hoy una necesidad para cumplir con el mandato constitucional, para preservar el medio ambiente, y para ayudar a que generaciones futuras puedan trazar nuevas ideas susceptibles de goce y conservación posterior del ambiente.

LISTADO BIBLIOGRAFICO

- Anexo ley 123 sobre evaluación de impacto ambiental para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Argañaraz Luque Martín G..Los Seguros y la Ley General de Ambiente. ¿Es operativa la norma que establece el seguro obligatorio?.Revista jurídica on line El Dial.com, 2005, julio; Disponible desde URL: www.eldial.com/suplementos/seguros/doctrina/se050217-a.asp
- Bellorio Clabot. Tratado de Derecho Ambiental. Tomo II.1º edición. Buenos Aires: Ad-Hoc; 2004.
- Bibiloni, Homero M.. Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica. Jurisprudencia Argentina. 2001 7 de marzo, Número especial de Derecho Ambiental, 1º parte.
- Brill Rosana y Valls Claudia. Seguro Ambiental: Oportunidad para las compañías de seguros. Revista Todo Riesgo.2004, diciembre; 34: 15-19.
- Bustamante Alsina Jorge. Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1995.
- Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad. 9º ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 2004.
- Bustamante Alsina. Responsabilidad civil por daño ambiental. LL- 1994-C-1056.
- Caferatta Néstor. Comentarios Ley 25.675. Disponible desde:URL:<http://www.cicacz.org.ar/Comentario%20Ley%2025675.htm>
- Cano Guillermo. Derecho, Política y Administración Ambiental. 1º edición. Buenos Aires: Depalma; 1978.
- COFEMA. Fondos Ambientales. XX Asamblea Ordinaria. Fecha: 22 y 23 de abril 1997
- Conferencia Río de Janeiro Eco. 1992
- Constitución Nacional. Art. 41.
- Constitución Provincia de Buenos Aires. Art. 28
- Declaración de Río. Principios 7, 5, y 27
- Dromi Roberto y Menem Eduardo. La Constitución Reformada. 1º edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina; 1995.

- EcoFMCN. Consulta Regional Sobre FMCNs Ambientales Nacionales en América Latina y el Caribe, Reporte Final. Cartagena, Colombia. 1996.
- Ecofondo. Consulta Regional sobre Fondos Ambientales Nacionales en América Latina y el Caribe, Reporte Final, Cartagena, Colombia. 1996.
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Presupuestos mínimos de protección ambiental. Buenos Aires; 2003.
- Fundación de Ambiente y Recursos Naturales. Antecedentes de Regulación de la Calidad del Agua.
- Ley 5961, Art. 4º. Ley de Preservación del Medio Ambiente. Pcia. Mendoza, Argentina. Sanción: 26/08/92; B. O. 25/02/93.
- Lily Flah y Smayevsky. Daño ambiental: Aplicación del Código Civil y Proyecto de Reforma. Bs. As: Revista Jurídica La Ley; 1990, Tomo C, pag.884
- Ministerio de Salud y Medio ambiente. Secretaría de Ambiente y Desarrollo sustentable.2006. Disponible desde URL: <http://www2.medioambiente.gov.ar/cofema/antecedentes.htm>
- Morello LL- 1999-C-897
- Morello, Augusto M.; Cafferatta, Nestor A. Visión procesal de cuestiones ambientales. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni; 2004.
- Mosset Iturraspe, Jorge .Cómo contratar en una economía de mercado. Bs. As:Rubinzal Culzoni; 1996.
- Peyrano Guillermo. Daño ecológico. Protección del Medio Ambiente e Intereses Difusos. La Ley. 1983-III-835.
- Plata Rodríguez Eduardo. Diccionario Ecológico Ilustrado. 1º edición. Buenos Aires: Espacio Editorial; 2000.-
- Roca Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad. Fallo R. 13. XXVIII, La Ley, 1996-B.
- Rosatti, Horacio D.. Derecho ambiental constitucional. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni; 2004.
- Sabsay Daniel A. y Di Paola María Eugenia. El Federalismo y la Nueva Ley General de Ambiente. Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo. Año 2002; N° 32: 47-54. Buenos Aires: LA LEY.

- Sabsay Daniel Alberto y Di Paola María Eugenia. El daño ambiental colectivo y la Nueva ley General del Ambiente. Anales de legislación Argentina. Boletín Informativo; 2003; N° 17, 1-9.
- Scott E. Smith. ¿Qué es un fondo ambiental, y cuándo es la herramienta correcta para conservación?. En: Ruth Norris. Manual de Fondos Ambientales del IPG. Un cuaderno de consulta para el diseño y operación de fondos ambientales. 1° edición. N. Y. 10-14. Traducción al español a cargo de RedLAC Red de Fondos Ambientales de Latinoamérica y el Caribe. Monterrey, México 64010
- Siano Juan Martín. Antecedentes y apuntes sobre el Fondo de Compensación Ambiental (o “superfondo” criollo). LA LEY Suplemento de derecho ambiental. 2003, 14/7/03,Año X.-Nro. 3: 5-6.
- Siano Juan Martín. Antecedentes y apuntes sobre el Fondo de Compensación Ambiental(o “Superfondo” criollo). 2003 14 de Julio; 3: 5-6.
- Tratado de Asunción del MERCOSUR. Art. 1°. Ley 23.981.
- Valls de Rossi Mariana. Daño Ambiental. Los fondos de garantía y compensación (quinta entrega). Suplemento de Derecho ambiental. Revista el Dial.com.-Ed. Albremática. 2005. 12-6.
- Valls Mario F. Derecho ambiental. 3° edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot; 1994.
- Ventura Adrián. Temas de la Justicia. El Riachuelo, las empresas y la Corte. La Nación 2006 Mayo 24; Secc. Política.: 15 (col. 1,2)
- Walsh Juan Rodrigo. ¿Dónde debería estar la Secretaría de Medio Ambiente? Reflexiones acerca de la importancia de una Autoridad Ambiental en un modelo de desarrollo sustentable. LA LEY. Suplemento de derecho ambiental. 2003, 14/7/03,Año X.-Nro. 3: 1-2.
- Walsh, Juan Rodrigo. ¿Dónde debería estar la Secretaría de Medio Ambiente? Reflexiones acerca de la importancia de una Autoridad Ambiental en un modelo de desarrollo sustentable. La Ley. Suplemento de Derecho ambiental 2003, 14 de julio; año X N°3: 1-2.

