

# MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN ARGENTINA

ALFONSO BUTELER

Abogado y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.- II. EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y EL DESARROLLO ECONÓMICO.- III. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN: 1. Introducción. 2. Los alcances del principio de prevención. 3. La incidencia en materia de compensaciones ambientales.- IV. LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO: 1. Régimen constitucional. 2. Incidencia del régimen competencial. 3. Acuerdo de Escazú. 4. Ley General del Ambiente. 5. El Fondo de Compensación Ambiental (FCA). 6. Fondo de restauración Ambiental. 7. Fondo del régimen de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs. 8. Fondo del régimen de residuos peligrosos. 9. Fondo de la Ley nacional de la actividad nuclear. 10. Normativa de presupuestos mínimos de bosques. 11. El fondo fiduciario de compensación ambiental.- V. REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL- VI. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La investigación tiene por objeto estudiar el instituto de las medidas de compensación ambiental y su regulación en el derecho argentino.

*Palabras clave:* ambiente; daño; compensación.

**ABSTRACT:** *The research aims to study the institute of environmental compensation measures and its regulation in Argentine law.*

*Key words:* environment; damage; compensation.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental.

En primer lugar, a los fines de contextualizar el asunto abordaremos el tema de la relación entre la tutela ambiental y el desarrollo económico.

Luego, indagaremos sobre cuál es el impacto del principio preventivo en materia de compensación ambiental.

Después, nos abocaremos al estudio del asunto desde la perspectiva de la regulación de la República Argentina en donde si bien existen disposicio-

nes normativa referidas a las medidas de compensación ambiental no se ha desarrollado el tema de los bancos de conservación o bancos ambientales, como sí viene ocurriendo en el derecho comparado.

Finalmente, a modo de cierre, haremos algunas reflexiones en torno a las medidas de compensación ambiental.

## **II. EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y EL DESARROLLO ECONÓMICO**

Como veremos, la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental pone sobre la mesa de discusión la tensión entre el desarrollo y la protección al ambiente. Pues, la aceptación de la idea de que existan mecanismos de compensación ambiental, incluso de manera previa a la producción del impacto, importa admitir que puedan tolerarse afectaciones a la naturaleza en pos del desarrollo de ciertos proyectos o actividades.

Teniendo en cuenta el papel del Estado en la cuestión económica y las variantes que pueden darse, el objetivo principal —y nada sencillo— al momento de convalidar las medidas de compensación ambiental es compatibilizar el desarrollo económico de la sociedad que se materializa en la necesidad de realizar un proyecto u obra con el respeto al ambiente, entendido éste como «el conjunto de los elementos naturales o transformados por el hombre y creados por él —la cultura, en suma— que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos» (1).

Por otra parte, el desarrollo económico es una variante a la que todo Estado a través de medidas regulatorias debe propender en la medida en que ello traiga aparejado un mejoramiento en la calidad de vida de una determinada comunidad.

Evidentemente, que en este tema —como en muchos otros— las posturas extremistas no son aconsejables. Por tal motivo, el crecimiento económico desenfrenado que pase por alto los efectos nocivos provocados al ambiente termina siendo contrario a los intereses del hombre si concebimos al Planeta Tierra como su «casa» y donde aquel debe desarrollarse en toda su dimensión personal.

Es decir, que resulta imposible desatender las consecuencias que sobre la naturaleza genera la intervención humana lo que pone de resalto la necesidad de intervención estatal para ponerle coto y formular una regulación responsable de las medidas de compensación ambiental. Es por ello que una visión

---

(1) GELLI, María Angélica (2003): *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, p. 362.

del ambiente como recurso pone en peligro la base material para el propio desarrollo humano.

Lamentablemente, esto es lo que ha ocurrido durante el último tiempo en donde «prevalece una concepción reductiva que entiende el mundo en clave natural y el desarrollo en clave consumista. El primado atribuido al hacer y al tener más que al ser, es causa de graves formas de alienación humana» (2).

Así como es equivocada una mirada que solo ponga en acento en el crecimiento económico y desatienda otros factores como el cuidado del ambiente y los recursos naturales, tampoco es correcto un enfoque absolutista del ambiente o el «ambientalismo extremos» (3). Pues, resulta inaceptable colocar en pie de igualdad al resto de los seres vivos con la persona humana (4).

Por tales motivos, una de las maneras de compatibilizar el desarrollo económico con el respeto al medioambiente es incluir dentro de los costos económicos de la actividad a realizar al respeto a la naturaleza y regular las medidas de compensación ambiental. Es más, en muchos casos, el incentivo al desarrollo ambiental debería ser una variable de crecimiento económico.

Con esa orientación la Carta Encíclica Laudato Si señala que «el crecimiento económico tiende a producir automatismos y a homogeneizar, en orden a simplificar procedimientos y a reducir costos. Por eso es necesaria una ecología económica, capaz de obligar a considerar la realidad de manera más amplia. Porque “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”. Pero al mismo tiempo se vuelve actual la necesidad imperiosa del humanismo, que de por sí convoca a los distintos saberes, también al económico, hacia una mirada más integral e integradora» (5).

A su vez, debemos tener en cuenta que estamos frente a un bien de naturaleza colectiva. Cabe destacar, que de acuerdo a la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* «Halabi» (6) cuando nos referimos al ambiente estamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admi-

(2) Juan Pablo II, Carta Encíclica: *Sollicitudo rei socialis*, 28:AAS 80 (1988) 548-550.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., y LORENZETTI, Pablo (2018): *Derecho ambiental*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 32.

(4) BUTELER, Alfonso (2013): «La intervención estatal en la economía y el derecho al medioambiente», en AA.VV., *Direito público no Mercosul: intervencao estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Anais do VI Congresso da Associacao de Direito Público do Mercosul: Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*, Belo Horizonte, Forum (Romeu F. Bacellar y Daniel Wunder Hachem, coord.), p. 31.

(5) Cfr. 141.

(6) Fallos, 332:111 (2009).

tiendo exclusión alguna. Es por tal motivo, que según el Alto Tribunal, «se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno».

En este punto, de lograr un equilibrio entre el desarrollo económico y la tutela al patrimonio natural y cultural las medidas de compensación ambiental tiene un rol preponderante. Por tal motivo, el Estado no solo debe regularlas sino que se encuentra obligado a incentivar su implementación.

### III. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

#### 1. Introducción

Como veremos, en la medida en que la compensación ambiental puede ser anterior o posterior al hecho que daña o impacta sobre el ambiente cabe preguntarse acerca del impacto que produce el principio precautorio que gobierna la materia ambiental.

#### 2. Los alcances del principio de prevención

Como se sabe se lo define a dicho principio como un deber de prudencia incrementado que debe adoptar el gobernante en relación a actividades o productos de los que se sospecha, encierran un riesgo para la salud o el medio ambiente (7). El factor temporal juega un rol fundamental en esta novel figura habida cuenta que la demora en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas puede resultar perjudicial (8). Por tal motivo, se impone un mandato de actuación a los sujetos involucrados para evitar que el daño no se produzca o, acaecido, no se agrave.

---

(7) ADORNO, Roberto (2003): «Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio», JA 2003-III, p. 967.

(8) CAFERATTA, Néstor A. (2004): «Responsabilidad civil por daño ambiental», en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. III, p. 551.

Es decir que nos encontramos ante un deber de actuación positivo, que no admite la indiferencia o abstención por parte de los particulares, pero principalmente del Estado, para adoptar medidas concretas tendientes a evitar el daño al ambiente.

La característica más importante de tal principio, es que la obligación de actuación positiva rige aun ante la ausencia de certeza científica sobre la potencialidad dañosa de la actividad, obra o proyecto cuya realización se pretende. A partir de ello, el ordenamiento jurídico pone de resalto que no puede considerarse como una excusa la ausencia o carencia de información o la certeza científica sobre la peligrosidad para el ambiente, bastando la sospecha.

De lo expuesto, se deriva que le cabe con el máximo rigor al estado, la obligación de tomar las medidas tendientes para procurar garantizar la debida tutela al ambiente. Desde esa lógica, el Estado ni siquiera puede excusarse en la ausencia de prueba que determine la certeza del daño, para justificar una afectación al patrimonio natural, el ambiente, su flora y fauna.

Como lo señala la doctrina, «la Administración se encuentra ante la necesidad de regular la incertidumbre para aventar los riesgos sociales. El “paradigma protectorio” se construye como el derecho de la incertidumbre, volcado a evitar con mayor celo el abuso del derecho» (9).

El principio de prevención impone, entonces, una conducta anticipatoria para evitar que se causen daños, y tiene especial magnitud en el ámbito ambiental, puesto que como se sabe, en general, su afectación compromete el patrimonio ambiental para generaciones futuras, y su recomposición deviene hartamente dificultosa, cuando no imposible.

El principio preventivo forma parte de nuestro orden normativo desde hace tiempo imponiendo, como se dijo, un deber positivo de actuación que pesa sobre todos los individuos y especialmente en cabeza del Estado.

A su vez, la ley 25.675, en consonancia con el marco constitucional, regula pormenorizadamente la cuestión, estableciendo en el art. 4 los principios que regulan el ambiente. Allí consagra el deber de prevención, declarando que «Principio de prevención: 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».

---

(9) SAID, José Luis (2012): «La vigencia de Ulpiano (o la Administración pública frente al *honeste vivere, alterum non laedere, suumcuique tribuere*)», en AA.VV., XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo «La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza», Buenos Aires, RAP, XXXIV, p. 40.

Como lo pone de resalto la doctrina, «la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia» (10).

De este modo, la prevención opera en el marco de la certeza sobre la producción posible de una lesión, fundada en la razonabilidad de su acaecimiento, para lo cual debe acudir a criterios de adecuación, es decir, teniendo en miras aquello que naturalmente acontece.

No caben dudas que desde la perspectiva constitucional y del derecho comparado, el deber de prevención en materia ambiental deviene, como se sostiene, en una obligación primordial para los ciudadanos y principalmente para la administración pública, que no puede ser desatendida sin una razonable justificación.

### **3. La incidencia en materia de compensaciones ambientales**

Desde nuestra perspectiva existe una directa relación o congruencia (11) entre el principio de prevención y las medidas de compensación ambiental pues, éstas constituyen una buena herramienta de evitar o amortiguar los efectos negativos sobre el ambiente que pueden importar el desarrollo de ciertas actividades u obras.

Como vimos, en la medida en que la compensación ambiental puede desarrollarse antes o después al hecho que daña o impacta sobre el ambiente resulta evidente el impacto que produce el principio precautorio.

En particular, consideramos que el principio y preventivo impone que el Estado regule, gestione y controle las medidas de compensación *ex ante* para que aquellos proyectos, obras o actividades que deban desarrollarse antes de iniciarse, hayan compensado el impacto ambiental que producirán cuando se concreten. De este modo, se garantiza que las compensaciones sean anticipadas y que se encuentre cumplida al iniciarse el proyecto.

En ese punto adquiere singular importancia el patrón de la regularidad dado que, de manera apriorística, a partir de la experiencia, puede indicar que ciertas actividades impactarán negativamente sobre el ambiente y su escala. Ello puede incidir, asimismo, en la elección de la mejor alternativa de compensación.

---

(10) CAFFERATA, Néstor (2004): «Principio precautorio y derecho ambiental», LA LEY 2004-A, p. 1202.

(11) ROSATI, Horacio D. (2007): *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 95.

## **IV. LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO**

Sentando lo expuesto, corresponde ahora indagar sobre el asunto de la compensación ambiental en el sistema jurídico argentino.

### **1. Régimen constitucional**

En primer lugar corresponde tener en cuenta lo que dice el régimen constitucional argentino sobre el tema.

Pues, el art. 41 de la Constitución Nacional señala: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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

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

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

La cláusula constitucional en cuestión contiene algunas cuestiones que tienen directa incidencia sobre el tema objeto del presente trabajo.

Primero, porque establece que el ambiente debe ser sano y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Las medidas de compensación ambiental instrumentadas de manera preventiva permiten anticipar el impacto y evitar comprometer los derechos de las generaciones venideras.

Segundo, cuando consagra el deber de prevención. Esta exigencia constitucional tiene directa incidencia sobre la cuestión de la compensación pues, como vimos, los bancos de hábitat permiten compensar de manera preventiva los impactos que producirá el proyecto a desarrollarse.

Tercero, porque el régimen constitucional estipula, con toda claridad, que ante la exigencia de un daño ambiental se genera prioritariamente la obligación de recomponer aunque, en la mayoría de los casos, sea difícil-

toso (12). Es decir, que como primera medida debe procurarse la vuelta al estado anterior de cosas, es decir, al estado en que se encontraba cuando aún no se había producido la alteración (13). No se trata de una opción sino de una obligación (14).

Cuarto, porque el constituyente exige que la utilización de los recursos naturales sea racional y obliga al Estado, y también a los particulares, a preservar el patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica.

## 2. Incidencia del régimen competencial

El régimen competencial vigente en cada territorio en materia ambiental tiene directa incidencia sobre la cuestión relativa a las medidas de compensación ambiental y a la creación de bancos ambientales.

Pues, la regulación complementaria por sistema de presupuestos mínimos en virtud de la cláusula ambiental (Art. 41 CN) corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas puedan alterar las jurisdicciones locales. Pues, éstas han cedido a la Nación la atribución para el dictado del marco en materia ambiental que se constituye en un piso inderogable, sin necesidad de adhesión por parte de las legislaturas locales (15).

En esa línea, la Ley General del Ambiente n° 25.675 (16) establece «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» (art. 6).

Con similar orientación el art. 241 del Código Civil y Comercial estipula que cualquiera sea la jurisdicción en la que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable en el caso.

---

(12) FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2009, p. 160.

(13) MADIEDO, Mariano (2019), en AAVV., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi (Sergio G. Torres y Mariano Madiedo, coord.) p. 114.

(14) ROSATTI, H., ob. cit., p. 90.

(15) FALBO, A., ob. cit., p. 73.

(16) BO 28/11/2002.



Entonces, en el caso de la República Argentina dado que el sistema funciona a partir de un modelo de presupuestos mínimos es el Estado federal el encargado de regular esta cuestión. Sin perjuicio de ello, las provincias pueden complementar la regulación

### **3. Acuerdo de Escazú**

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018, constituye el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe.

Este acuerdo está abierto a los 33 países de América Latina y el Caribe, ha sido suscrito por muchos de ellos, entre los que cabe mencionar a la República Argentina que adhirió al mismo mediante la Ley 27.566.

Sin perjuicio de las numerosas e importantes cuestiones tratadas en este instrumento internacional corresponde señalar que contiene una regulación expresa de la figura de la compensación ambiental.

En tal sentido, establece que «Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: ...g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación» (Art. 8.3).

Como puede apreciarse, se contempla expresamente la figura la compensación ambiental como figura alternativa a la restitución, imponiendo a los estados parte de regular ese asunto.

### **4. Ley General del Ambiente**

Por su parte, la Ley 25.675 también contiene algunas normas sobre la materia bajo análisis. Cabe recordar que dicho cuerpo normativo establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1). Por tal motivo, se trata de una norma que se aplica en todo el territorio argentino y sus disposiciones son de orden público y de carácter operativo (art. 3).

Según allí se indica se entiende por presupuesto mínimo, a todo precepto normativo 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» (art. 6).

Es importante reiterar que las provincias y municipios pueden ampliar la protección ambiental pero no pueden penetrar ese mínimo de tutela ambiental.

La política ambiental nacional allí establecida tiene los siguientes objetivos: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, naturales y como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación de la sociedad en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de todos los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas puedan generar sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2).

A su vez, entre sus principios que impactan sobre el instituto de la compensación, en el art. 4, se establecen los siguientes:

a) Principio de congruencia: Se establece que tanto la legislación provincial y municipal que dicte en asuntos ambientales debe ser adecuada a los principios y normas fijadas en la referida normativa de presupuestos mínimos; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

b) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben ser atendidos en forma prioritaria e integrada, procurando prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente pueden producirse.

c) Principio precautorio: Cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica sobre el punto no debe ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

d) Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deben velar por el uso y goce apropiado del medioambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Ello, como correlato de lo que impone el art. 41 de la CN.

e) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deben ser logrados en forma gradual, por intermedio de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

f) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes sobre el 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 y que resulten aplicables en el caso concreto.

g) Principio de subsidiariedad: De acuerdo al diseño constitucional argentino el Estado nacional tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

h) Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales debe ser realizado mediante de una gestión apropiada del medioambiente, de modo tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

i) Principio de solidaridad: La Nación y las provincias son 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.

j) Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos deben utilizados en forma equitativa y racional, de acuerdo a las exigencias constitucionales (17).

Asimismo, la regulación que comentamos establece la obligación de quien ha causado un daño ambiental de restablecerlo al estado anterior a su producción (art. 28). Ello en correspondencia con lo que establece el art. 41 de la CN cuando impone deber prioritario de recomposición.

Luego, para el caso en que no sea técnicamente posible la recomposición, se dispone que la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, debe depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que dicha ley crea (art. 34).

---

(17) GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores) p. 360.

## 5. El Fondo de Compensación Ambiental (FCA)

Como medida de compensación la ley general del ambiente dispone la creación de un fondo específico. El mismo debe ser administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y tiene por fin garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

Como se ha dicho, sirve para que en aquellos supuestos en que no sea posible el restablecimiento del ambiente dañado al estado anterior de producido el daño, se compense (18) o se produzca la mitigación de la lesión provocada (19). Según se ha señalado la postura extensiva sobre el punto considera que la mitigación importa tanto la aminoración del perjuicio que se ha ocasionado como la evitación del daño que todavía no ha llegado a producirse.

Asimismo, se dispone que las autoridades tengan la posibilidad de determinar que el aludido fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. Como puede apreciarse, dicho fondo puede ser utilizado para implementar medidas de compensación ambiental.

En lo que tiene que ver con las características de ese fondo la ley prevé únicamente una forma de integración a partir de una decisión judicial.

Entonces, el fondo se caracteriza por ser: a) compulsivo; b) por mandato judicial; c) cuando la recomposición del ambiente no es técnicamente posible; y entonces d) el juez ordena que la indemnización sustitutiva se deposite en el aludido fondo (20). Ello dado que se integra con la indemnización sustitutiva que determine la justicia que corresponde abonar por daños ambientales, en los casos en que no sea técnicamente factible el restablecimiento al estado anterior a su producción.

## 6. Fondo de Restauración Ambiental

Asimismo, la ley general del ambiente contempla la creación de un fondo de restauración ambiental para garantizar la instrumentación de acciones de

---

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A. (2011): *Daño ambiental*, Santa Fe Rubiznal Culzoni, T. II, p. 215.

(19) EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): *La carga de mitigar el daño*, Madrid, Dykinson, p. 104.

(20) IRIARTE, Paula (2018): «Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro», 31-may-2018, MJ-DOC-13500-AR | MJD13500, disponible en <https://aldiaargentina.microju ris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>.

reparación (21). Se presenta como una opción a la contratación de un seguro que ha sido poco utilizada en la práctica (22).

La obligación de integrarlo recae sobre toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos (art. 22).

## **7. Fondo del régimen de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCBs**

Por su parte, la ley 25670 establece que toda persona, sea física o jurídica, que realice actividades o servicios que implica el uso de las sustancias encuadradas en dicho régimen se encuentra obligada a contratar un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, constituir un autoseguro, un fondo de reparación u otra garantía equivalente según lo determine la reglamentación, para asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales y dar cobertura a los riesgos a la salud de la población que su actividad pudiera causar (art. 9).

Ese fondo, además, se integra por las multas impuestas por la autoridad de aplicación debido a la violación de dicho régimen (art. 22).

## **8. Fondo del régimen de residuos peligrosos**

Asimismo, la Ley 25612 que refiere el sistema de los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios, contiene preceptos referidos a un fondo de compensación.

En virtud de ello, se dispone que todo transportista de los residuos comprendidos en dicho ordenamiento jurídico deba asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar. Frente a tales circunstancias puede decidir dar cobertura a los riesgos ambientales a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, caución, fianza bancaria, la constitución de un autoseguro o un fondo de reparación, u otra garantía equivalente (art. 27).

Asimismo se estipula la misma obligación respecto de los sujetos que sea titulares o responsables de las plantas de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos (art. 38).

---

(21) VALLS, Mario F. (2016): *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrotto, 3ª ed., p. 264.

(22) Las exigencias del seguro ambiental están previstas en la Resolución 177/2007 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Finalmente, se indicará que el dinero ingresado en concepto de multas por la violación del aludido régimen será percibido por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, para la conformación de un fondo destinado, exclusivamente, a la restauración y protección ambiental (art. 49).

## **9. Fondo de la Ley nacional de la actividad nuclear**

Asimismo, la ley 24.804, referida a la actividad nuclear, prescribe que todo explotador de una central de generación nucleoelectrónica debe aportar a un fondo para retiro de servicio de centrales nucleares (art. 9).

## **10. Normativa de presupuestos mínimos de bosques**

Por su parte, la ley 26.331 contiene la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

Se consideran bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea —suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos—, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica (art. 2).

Asimismo, establece un régimen de fomento y criterios para la distribución de fondos por los servicios ambientales que brindan los bosques nativos.

Se considera servicios ambientales a los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos. Dicha norma estipula que los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad son: a) Regulación hídrica; b) Conservación de la biodiversidad; c) Conservación del suelo y de calidad del agua; d) Fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; e) Contribución a la diversificación y belleza del paisaje y f) Defensa de la identidad cultural (art. 5).

Ese marco dispuso la creación del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los bosques nativos, por los servicios ambientales que éstos brindan (art. 30).

Cabe destacar que dichos fondos deben ser utilizados por las provincias del siguiente modo: a) El 70% para compensar a los titulares de las tierras en cuya superficie se conservan bosques nativos, sean públicos o privados, de acuerdo a sus categorías de conservación. El beneficio consiste en un aporte no reintegrable, a ser abonado por hectárea y por año, de acuerdo a la categorización de bosques nativos, generando la obligación en los titulares de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos que deberá ser aprobado en cada caso por la correspondiente autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva. El beneficio será renovable anualmente sin límite de períodos y b) El 30% a la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, que lo destinará a: 1) Desarrollar y mantener una red de monitoreo y sistemas de información de sus bosques nativos; 2) La implementación de programas de asistencia técnica y financiera, para propender a la sustentabilidad de actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores y/o comunidades indígenas y/o campesinas (art. 35).

Como puede apreciarse, se trata de un incentivo económico por los servicios ambientales (23). Aquí, la compensación proviene del Estado hacia los particulares pero consideramos que ese activo ambiental que se genera por el servicio prestado podría dar lugar a un crédito ambiental y utilizarse como un modo de compensación que pueda transferirse a terceros.

## 11. El fondo fiduciario de compensación ambiental

A su vez, mediante la Ley Nacional 27.431, se creó el Fondo Fiduciario de Compensación Ambiental de Administración y Financiero. El mismo, funciona bajo la órbita del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

Tiene como propósito garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente y la atención de emergencias ambientales, así como la protección, preservación, conservación, restauración o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

El mencionado Fondo será integrado por los siguientes recursos: a) Los recursos provenientes del Tesoro nacional que le asigne el Estado nacional; b) Los fondos asignados por leyes especiales a la prevención, subsanación, remediación, restauración y/o compensación de aquellas alteraciones ocasionadas en el medio ambiente por las diferentes actividades; c) Los fondos de compensación ambiental, de acuerdo a los convenios que en cada caso se suscriban; d) Los fondos nacionales e internacionales provenientes de donaciones.

---

(23) RODRÍGUEZ, Carlos, A. (2012): *Derecho humano al ambiente sano*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 220.

ciones públicas o privadas, de acuerdo a los convenios que en cada caso se suscriban; e) Las asignaciones recibidas de organismos internacionales o nacionales, de acuerdo a los convenios de cooperación que se suscriban; f) Los bienes muebles e inmuebles que el fondo adquiriera a título gratuito u oneroso; g) Los valores percibidos, provenientes de ventas de bienes y servicios que el fondo preste; h) El recupero del capital e intereses de los préstamos otorgados; i) Los dividendos o utilidades percibidos por la titularidad de acciones o los ingresos provenientes de su venta; j) Los ingresos generados por el financiamiento de otros instrumentos financieros; k) El producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos; l) Los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios de deuda que emita el fiduciario, con el aval del Tesoro nacional, en los términos establecidos en el contrato y/o prospecto respectivo; m) Otros ingresos, aportes, contribuciones, subsidios, legados o donaciones específicamente destinados al Fondo; n) Los recursos provenientes del resultado de la aplicación de multas de normas ambientales correspondientes al ámbito nacional; ñ) Los recursos provenientes de indemnizaciones sustitutivas dispuestas por la justicia federal en caso de que no sea técnicamente factible la reparación in natura; o) Los recursos provenientes de indemnizaciones sustitutivas dispuestas por la autoridad ambiental nacional en caso de que no sea técnicamente factible la reparación in natura; y p) Los aportes provenientes de los acuerdos que se alcancen con las compañías aseguradoras que emitan pólizas de seguro de caución por daño ambiental de incidencia colectiva, conforme al artículo 22 de la ley 25.675.

A su vez la referida norma exige al Fondo Fiduciario Nacional de Compensación Ambiental, de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias.

## **V. REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN AMBIENTAL**

Teniendo en cuenta que, como hemos visto la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho comparado han sustentado sus regulaciones ambientales en la regla según la cual el que contamina paga y en el deber de prioritario de recomposición ambiental, ante la producción de un daño sobre la naturaleza, las medidas de compensación, en esta área del derecho, no han tenido mayor desarrollo.

A partir de ello, debe decirse que las medidas de compensación ambiental aparecen como una herramienta cuando no resulta posible la remediación o la



vuelta de cosas al estado anterior. Es decir, que tal posibilidad aparece como la última ratio. Pues, como se sabe, el principio de responsabilidad impone que quien causa efectos degradantes sobre el ambiente, resulta responsable de los costos que insuma la recomposición.

Sin embargo, pensamos que el rol de las medidas de compensación debe revisarse a la luz de dos razones. Primero, compatibilidad la tutela ambiental con el desarrollo sustentable pues las miradas binarias no resultan aconsejables en este punto.

Segundo, por la incidencia que tiene el principio de prevención. Es que, dicho principio, exige que la administración pública regule, gestione y controle las medidas de compensación *ex ante* para que aquellos proyectos, obras o actividades que deban desarrollarse, antes de iniciarse, hayan compensado el impacto ambiental que producirán en el futuro.

Además, dado que la compensación ha sido considerada como una especie de recomposición simultánea del equilibrio ambiental y, entre nosotros resulta amparada por el art. 41 de la CN. (24) Es que, según se ha señalado la recomposición puede, en definitiva, imponer una medida compensatoria conservacionista, como dotar un parque nacional o un área protegida (25).

Por otro lado, existen regulaciones que contienen expresas alusiones a los pasivos ambientales. Sin embargo, consideramos que debe incrementarse la regulación sobre activos ambientales y su instrumentación como mecanismos de compensación, sobre todo, de carácter preventivo. Entonces, el desafío para por regular los activos ambientales o servicios ambientales.

Allí debe analizarse si la compensación debe cumplir o no con el principio de proximidad, si la misma debe ser funcional, o si la composición debe ser en la fuente. Consideramos que no pueden establecerse reglas rígidas sobre el punto dado que en ello tiene directa incidencia el contexto ambiental y el hábitat del lugar.

En definitiva, consideramos que tiene que existir una política pública de compensación preventiva de la lesión ambiental. Es decir que debe fomentarse la existencia de ofertas de compensación ambiental para que los interesados puedan adquirirla. Pues, cabe preguntarse si la realización de un proyecto es indispensable y va a generar un impacto ambiental, ¿no es mejor opción exigir una compensación anticipada que posterior? Ello viene impuesto por el deber de preservar a las generaciones futuras.

---

(24) ROSATTI, H., ob. cit., p. 95.

(25) VALLS, M., ob. cit., p. 267.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Roberto (2003): «Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio», JA 2003-III, p. 967.
- BUTELER, Alfonso (2013): «La intervención estatal en la economía y el derecho al medioambiente», en AA.VV., *Direito público no Mercosul: intervencao estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Anais do VI Congresso da Associacao de Direito Público do Mercosul: Homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*, Belo Horizonte, Forum (Romeu F. Bacellar y Daniel Wunder Hachem, coord.) p. 31.
- CAFERATA, Néstor A. (2004): «Responsabilidad civil por daño ambiental», en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. III, p. 551.
- CAFFERATA, Néstor (2004): «Principio precautorio y derecho ambiental», LA LEY 2004-A, p. 1202.
- EXTREMERA FERNÁNDEZ, Beatriz (2022): *La carga de mitigar el daño*, Madrid, Dykinson.
- FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2009.
- GELLI, María Angélica (2003): *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores) p. 360.
- IRIARTE, Paula (2018): «Fondo de compensación ambiental: su presente y su futuro», 31-may-2018, MJ-DOC-13500-AR | MJ13500, disponible en <https://aldia.argentina.microjuris.com/2018/06/19/fondo-de-compensacion-ambiental-su-presente-y-su-futuro/>.
- LORENZETTI, Ricardo L., y LORENZETTI, Pablo (2018): *Derecho ambiental*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- MADIEDO, Mariano (2019): en AA.VV., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Hammurabi (Sergio G. Torres y Mariano Madiedo, coord.)
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A. (2011): *Daño ambiental*, Santa Fe Rubinzal Culzoni, T. II.
- RODRÍGUEZ, Carlos, A. (2012): *Derecho humano al ambiente sano*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- ROSATTI, Horacio D. (2007): *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

- SAID, José Luis (2012): «La vigencia de Ulpiano (o la Administración pública frente al *honeste vivere, alterum non laedere, suumcuique tribuere*)», en AA.VV., *XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo «La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza»*, Buenos Aires, RAP, XXXIV, p. 40
- VALLS, Mario F. (2016): *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo Perrotto, 3ª ed.

