

La Reparación de sitios Contaminados

Su Consideración en el Derecho

Dr. Leonardo De Benedictis
Repsol YPF

1. Introducción

Los daños y su reparación constituyen cuestiones de singular relevancia dentro del Derecho y a su vez éste es un elemento indispensable a la hora de tener que resolverse cuestiones prácticas como la que plantea el título del presente trabajo, en definitiva, son sus normas las que establecerán cuándo un daño es resarcible, quién deberá repararlo y en que consistirá dicha reparación.

La responsabilidad por daños causados entre personas fue abordado, principalmente, por el Derecho Civil, el cual fue evolucionando desde una imputación denominada subjetiva, que imponía al causante la obligación de reparación solo cuando tales daños fueran el resultado de un obrar censurable / objetable, hacia formas de imputación objetivas que terminan imponiendo tal obligación prescindiendo de la censurabilidad de la conducta del causante cuando los daños fueran ocasionados mediante cosas / actividades riesgosas.

Las normas del Código Civil eran, en principio, eficaces para dar respuesta a los daños que podían sufrir las personas a través de afectaciones causadas al ambiente (ejemplo: daños a la salud generados por una contaminación de aguas), pero no lo eran para dar respuesta a los daños que se causaran al ambiente mismo (la contaminación de las aguas con todas sus implicancias para las especies que pudieran habitarlas).

En los últimos tiempos, este tipo de daños y su consecuente reparación comenzaron a tener repercusión en nuestro derecho, surgiendo expresiones normativas que, siguiendo la tendencia que ya se venía verificando en el ámbito civil, optan por una responsabilidad de imputación objetiva (el causante del daño debe repararlo aún cuando su conducta no sea objetable), al tiempo que propugnan que la misma sea “prioritariamente” de carácter ilimitado.

Pero, claro está, no es lo mismo hablar de la reparación de daños causados a las personas, que de la reparación de daños ambientales. Mientras en el primer caso es mas fácil ponderar la dimensión económica del daño causado, en el otro, esto resulta mucho mas difícil e impreciso, sin perjuicio además, de que dicha dimensión puede adquirir proporciones de una enormidad preocupante. De igual forma, mientras en un caso lo dañado no tiene, en general, capacidad para repararse por si mismo, en el otro, cuando implica daños a bienes o recursos naturales, si la tiene.

Estas consideraciones, que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar normas de derecho, nos van introduciendo en el tema de los daños ambientales y su reparación que, en este trabajo se focalizará en la contaminación de sitios o, mas concretamente, en la contaminación de suelos y eventualmente de aguas subterráneas. El interrogante esencial sobre el cual giraremos estará referido al alcance de la reparación ¿Se debe

propiciar una reparación que obligue a la recomposición o restablecimiento de las condiciones anteriores al daño o se debe propiciar otra que, basada en el riesgo, ayude a la naturaleza en su recomposición?

Esta es la temática que abordaremos seguidamente, a partir de un análisis comparativo entre la normativa europea, la de los EEUU de Norteamérica y la normativa nacional, que nos llevará a apreciar las deficiencias de esta última y a proponer soluciones.

2. La reparación de sitios contaminados en EEUU

La gran cantidad de sitios contaminados que se fueron produciendo en EEUU de Norteamérica, fundamentalmente por la impresionante dimensión de su industria y, particularmente por el inadecuado manejo de sus residuos peligrosos, fue generando una serie de regulaciones específicas destinadas a buscar soluciones. Entre ellas cabe mencionar a la Ley de Eliminación de Desechos Sólidos (SWDA, Solid Waste Disposal Act), reformada por la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos (RCRA, Resource Conservation and Recovery Act) y a la Ley Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambientales (CERCLA, Comprehensive, Environmental, Response, Compensation and Liability Act), también llamada ley del Superfondo.

Un evento altamente conmocionante para la sociedad estadounidense, que se constituyó en un punto de inflexión a partir del cual se dio impulso a la identificación de sitios contaminados y su reparación fue la tragedia de Love Canal, un típico caso de contaminación causada por inadecuada disposición de residuos ocurrido en un suburbio de Nueva York cuyo nombre, en realidad, nada tenía que ver con el amor que sugiere la palabra “love” sino que ésta correspondía al apellido del constructor del canal (William Love).

En ese canal se depositaron, a lo largo de muchos años (desde 1942 a 1953), residuos químicos tóxicos y cancerígenos generados por la Hooker Chemicals and Plastics Corporation que en 1953, luego de cubrir el lugar con arcilla y tierra, vendió los terrenos a una junta escolar que terminó construyendo allí una escuela, campos de juego y un complejo habitacional de 949 viviendas. En 1976, los residentes comenzaron a quejarse por olores y quemaduras que aparecían en la piel de los niños que jugaban en el canal.

Si bien en principio el caso fue ignorado por las autoridades, la presión de la población, potenciada a través de los medios periodísticos e incrementada a medida que se hacían evidentes casos de defectos congénitos, abortos, distintos tipos de cáncer y trastornos nerviosos, respiratorios y renales, hizo que aquellas, finalmente, tomaran intervención y el 21 de mayo de 1980, el Presidente Jimmy Carter, terminara declarando al Canal Love Área Federal de Desastre, procediéndose a la demolición de la escuela y la mayor parte de las casas y a la reubicación de sus pobladores.

La necesidad de evitar otras situaciones como esta, llevó a las autoridades a identificar sitios contaminados detectándose la existencia de mas de 30 mil, razón por la cual tuvieron que desarrollar una metodología para evaluar sus implicancias para el ambiente y la salud, a fin de establecer prioridades de limpieza.

Frente a ese cuadro de situación y en la necesidad de lograr soluciones eficientes en materia de remediación de sitios contaminados, que evitaran la realización de esfuerzos innecesarios atendiendo a una adecuada relación costo / beneficio ambiental, fue naciendo la idea de establecer el alcance de las tareas de limpieza en función de los riesgos para la salud humana y para el resto del ambiente. De esta manera la EPA publica, en 1989, una guía de análisis de riesgo para el Superfondo y, posteriormente, la Sociedad Americana de Pruebas y Materiales (ASTM) fue dictando normas sobre acciones correctivas basadas en riesgo (Normas ASTM 1739, aplicable a sitios contaminados con hidrocarburos, ASTM 2081, aplicable a sitios contaminados con cualquier producto químico, etc.)

En definitiva, esta normativa establece el concepto de acciones correctivas basadas en riesgo y, consecuentemente, va conduciendo a la realización de un análisis en diversas etapas que, como aspecto relevante, permite arribar a una remediación de sitios cuyo alcance estará dado por el riesgo concreto que representa el sitio contaminado sobre la salud humana y el medio ambiente circundante. De esta forma, se busca bajar la contaminación a niveles aceptables en función de los riesgos que aquella representa.

3. La reparación de sitios contaminados en Europa

En Europa, la problemática de los sitios contaminados también fue adquiriendo especial trascendencia e inquietud en la medida que se avanzaba en su identificación. Un informe elaborado por la Agencia Ambiental Europea habla de 300.000 emplazamientos potencialmente contaminados en Europa Occidental, advirtiendo que esta cifra no sería totalmente representativa de la gravedad del problema, atento a la falta de datos sobre algunos países. En tal sentido el Informe aclara que “solo unos cuantos países, como, por ejemplo, Dinamarca, Suiza y Alemania, han identificado hasta el momento mas de dos tercios del total estimado de sus lugares contaminados”.

De igual forma a lo ocurrido en EEUU, Europa se vio impulsada a desarrollar normas para encarar, de una manera adecuada y uniforme, esta problemática de los daños ambientales y, especialmente, de su reparación, y es así que después de casi 10 años de estudios y consensos se arribó recientemente a la Directiva 2004/35/CE sobre “responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”. En la misma se definen con bastante precisión los daños ambientales que se consideran (daños a las especies y habitats protegidos, a las aguas y al suelo) y también se establecen pautas concretas destinadas a su reparación.

En relación con esto último, se impone a los causantes de los daños contemplados la obligación de definir las posibles medidas reparadoras (con arreglo a las disposiciones específicas contempladas en la misma norma) y someterlas a la aprobación de la autoridad competente, siendo esta, finalmente, la que decidirá la remediación a realizar.

Respecto a la “reparación de daños al suelo”, establece que “se adoptarán la medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de que se trate de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana”.

Agrega, a continuación, que “la presencia de tales riesgos se evaluará mediante procedimientos de evaluación de riesgos que tengan en cuenta las características y función de la tierra, el tipo y la concentración de las sustancias, preparados, organismos y microorganismos nocivos, su riesgo y sus posibilidades de propagación”.

Obsérvese que la norma europea opta, como se hace en EEUU, por la reparación basada en riesgos, agregándose, como dato relevante, “la posibilidad de optar por una recuperación natural, es decir, sin ninguna intervención directa del ser humano en el proceso de recuperación”.

Totalmente en línea con la posición adoptada por la Directiva en relación al alcance de la remediación, NICOLE, organismo europeo integrado por empresas, universidades, agencias de investigación y órganos gubernamentales, que se autodefine como “una red para la estimulación, diseminación e intercambio de conocimientos sobre todos los aspectos relacionados con los suelos contaminados por las actividades industriales”, manifiesta que “la gestión del suelo basado en la evaluación / análisis de riesgos es considerada, por la mayoría de los miembros de la UE, como la mejor estrategia disponible para tratar los problemas planteados por la contaminación de dicho suelo” (reunión de NICOLE en Helsinki, mayo de 2000).

Sin duda, vale la pena terminar este punto sobre la remediación de sitios contaminados en Europa, refiriéndonos a una norma muy reciente correspondiente a España, el Real Decreto 9/2005 sobre suelos contaminados. Al respecto, su artículo 7 aborda la problemática de la “descontaminación de suelos” y en su ítem 2 establece que “el alcance y ejecución de las actuaciones de recuperación será tal que garantice que la contaminación remanente, si la hubiera, se traduzca en niveles de riesgo aceptables de acuerdo con el uso del suelo”. Complementa / reafirma este criterio el ítem 5 al manifestar que “los suelos contaminados perderán esta condición cuando se realicen en ellos actuaciones de descontaminación que, en función de los diferentes usos, garanticen que aquellos han dejado de suponer un riesgo inadmisibles para el objeto de protección designado, la salud humana o ecosistemas”.

4. La reparación de sitios contaminados en Argentina

Quizás convenga abordar el tema, a partir del conocimiento de la evolución normativa en relación con el daño ambiental y su reparación. Al respecto cabe señalar que existe un punto de inflexión que está dado por la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Hasta entonces, el daño ambiental y su reparación no estaban contemplados en nuestro derecho. La responsabilidad civil, regulada en el Código respectivo, solo consideraba la reparación de daños causados a las personas y sus bienes. Se trataba de la reparación de daños individuales y exclusivos de determinada o determinadas personas y ello implicaba el restablecimiento de las cosas al estado anterior al daño (reparación in natura) o el pago de una suma dineraria (indemnización sustitutiva), si lo anterior no era posible o si el afectado optaba por esta solución.

La problemática ambiental, fue mostrando una nueva categoría de daños cuya característica principal era la afectación plural / general, no exclusiva de determinada o determinadas personas como ocurría en la casuística considerada en el Código Civil. Se trataba de los daños al ambiente en sí mismo, con una incidencia que, obviamente, trascendía lo individual.

La reforma constitucional de 1994, al tiempo que incluía el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo personal, abordaba, en el artículo 41, la problemática que consideramos estableciendo que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

La ley a la que se alude en el artículo vino años después, en 2002 y es la Ley 25675 o Ley General del Ambiente que contempla tanto la definición de daño ambiental como la de la obligación de recomponer. Es así que en el artículo 27 “se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos”. Por su parte, el artículo 28 establece que “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”, agregando luego que en caso de que ello no sea técnicamente factible procederá la indemnización sustitutiva que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que crea la misma ley.

En principio, cabe hacer una acotación respecto a que el daño ambiental es definido de una manera demasiado genérica y la recomposición de una manera extrema. En efecto, se incluye dentro de aquello que puede ser dañado, al ambiente, sin definirlo, lo cual resulta preocupante atento la diversidad conceptual que observa la doctrina y su tendencia a observar criterios amplios que incluyen no solo bienes materiales (naturales o culturales), sino también inmateriales, se incluye también al equilibrio de los ecosistemas, no resultando fácil discernir cuando el mismo se pueda ver afectado y se habla también de los bienes o valores colectivos, lo cual no hace mas que generar nuevas incertidumbres acerca del alcance que se le debe dar al término.

Por otra parte, se define a la recomposición como el restablecimiento al estado anterior a la producción del daño, lo cual implica establecer una responsabilidad ilimitada, determinándose que solo la imposibilidad técnica permitiría sustituir esta obligación por una indemnización que se aportaría a un Fondo específico, lo que muestra un criterio demasiado cerrado atento a que, en muchos casos, la posibilidad de recomposición será técnicamente factible, pero, seguramente también en muchos casos, será económicamente imposible para el causante, circunstancia ésta que puede llevar al colapso a mas de una actividad productiva, comprometiendo el necesario crecimiento de nuestro país.

Si aplicamos este criterio a la reparación de suelos contaminados, podemos advertir las diferencias que existen respecto a las normativas de EEUU y Europa consideradas en los puntos anteriores. Obsérvese que, en un caso concreto de contaminación, la estricta aplicación del artículo 28 de la Ley General del Ambiente, llevaría a una remediación del sitio contaminado hasta alcanzar la eliminación del/los contaminantes vertidos (si estos no existían antes de que se produjera el evento contaminante).

Por el contrario, la remediación de sitios basada en riesgos apunta a desarrollar una limpieza en la cual la presencia del o de los contaminantes causantes del daño ambiental, no se elimina (como propone la norma argentina), sino se reduce a niveles de concentración aceptables desde el punto de vista de los riesgos para la salud y el ambiente. Dichos niveles pueden ser genéricos, establecidos en determinada normativa (ejemplo: los establecidos en el decreto 831/93, reglamentario de la ley 24051

s/residuos peligrosos, Anexo II Tabla 9, Niveles Guía de Calidad de Suelos), o específicos, establecidos a partir del desarrollo de un análisis de los riesgos derivados del sitio contaminado. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la naturaleza tiene una fuerza depuradora que debe ser acompañada por la acción antrópica de remediación pero no reemplazada por esta, como sugiere la Ley 25675.

En definitiva, vemos como la exigencia de llegar a una recomposición de un sitio contaminado puede implicar la realización de esfuerzos económicos de gran magnitud frente a beneficios ambientales magros todo lo cual no hace más que mostrar la escasa eficiencia de las soluciones que plantea nuestra normativa.

5. Conclusiones

Tal como ha podido comprobarse en los puntos 2 y 3 del presente trabajo, tanto la Unión Europea como EEUU de Norteamérica, han buscado, como solución a la problemática de sus sitios contaminados, la remediación de los mismos basada en riesgos, no siendo esta la solución que se desprende de la letra de nuestra normativa, particularmente del artículo 28 de la Ley General del Ambiente.

Es posible que la existencia de sitios contaminados no revista, en nuestro país, la misma relevancia que tiene en Europa y EEUU, habida cuenta que nuestro desarrollo industrial es inferior al de aquellos. Es por eso, quizás, que las necesidades de abordar estos temas ambientales con razonabilidad y eficiencia, buscando soluciones cumplibles y que no afecten el desenvolvimiento de actividades productivas necesarias, no se verifiquen, en nuestro ámbito, con la misma fuerza que tienen en los países desarrollados alentándose, en cambio, esquemas excesivamente teóricos y de escasa practicidad.

No obstante, la situación económica de nuestro país amerita la necesidad de realizar esfuerzos para lograr un crecimiento tal que permita alcanzar una aceptable calidad de vida para sus habitantes, superando los niveles de pobreza que actualmente se registran. Desarrollarse y hacerlo de un modo sustentable, que equilibre el crecimiento económico, con la preservación del ambiente y con la equidad social, constituyen un desafío que debe impulsar la búsqueda de soluciones razonables y cumplibles como las que se verifican en Europa y EEUU.

Es por ello, que no parece sensato abordar una temática tan importante como es la concerniente a los daños ambientales y su reparación, a través de unos pocos artículos de la Ley General del Ambiente en los cuales se establecen determinaciones excesivamente generales y de difícil aplicabilidad lo que lleva a que, en mas de un caso práctico, la resolución adoptada no tenga nada que ver con el criterio de recomposición que se pretende imponer.

Las dificultades que genera la imprecisión, generalidad e irrazonabilidad con que la Ley General del Ambiente aborda la problemática del daño ambiental y las responsabilidades de su reparación, se ven agravadas, incluso, por la imposibilidad de poder dar cumplimiento a la obligación impuesta en el artículo 22 de la Ley en cuestión, referido a la contratación de seguros destinados a garantizar el financiamiento de la recomposición de los daños ambientales. En efecto, tal como oportunamente fuera reconocido por la Superintendencia de Seguros de la Nación y por expresiones serias y honestas provenientes del sector asegurador, es prácticamente imposible encontrar un

seguro que cubra un daño de contornos tan imprecisos, como el definido en el artículo 27, unido a una responsabilidad de carácter ilimitado (recomposición del daño) y a una imputación de la misma de carácter objetivo (sin que medie conducta censurable alguna).

A modo de buscar soluciones que no impliquen modificaciones demasiado drásticas, se podría interpretar que las expresiones de la Ley 25675, en materia de Daño Ambiental, son generalidades propias de una ley marco que constituye el referente dentro del cual debe inscribirse la normativa que se dicte en la materia. A partir de esta consideración, deberían dictarse otras normas que, sin desvirtuar la idea de la conveniencia prioritaria de recomponer que establece la Constitución Nacional, desarrollen precisiones sobre diferentes tipos de daños ambientales y su reparación que resulten claras, razonables y consecuentemente cumplibles.

En definitiva, se trata de encontrar soluciones a los problemas ambientales que no sean el resultado de un enfrentamiento entre el crecimiento económico y la preservación ambiental, sino que, por el contrario, sean la expresión acabada de un desarrollo sustentable que, para lograr su continuidad en el tiempo, esté fundado en el adecuado equilibrio entre el crecimiento económico, la preservación ambiental y la equidad social.

Bibliografía

- Ecología y Medio Ambiente. Autor G. Tyler Millar Jr. Grupo Editorial Iberoamérica
- Ambiente, Derecho y Sustentabilidad. Autores: Juan Rodrigo Wash, María Eugenia Di Paola y otros. Editorial La Ley
- Resumen de Derecho Ambiental en los EEUU. Elaborado por la Comisión para la Cooperación Económica de América del Norte
- Informe sobre Degradación del suelo en Europa. Elaborado por la European Environment Agency
- Informe sobre “Necesidad de una Gestión Sostenible del Suelo: Aproximación al problema basada en la evaluación de riesgo”. Elaborado por la organización europea NICOLE
- Análisis de Riesgo a la Salud Humana de Sustancias Contaminantes Presentes en el Suelo y en el Agua Subterránea – Acciones Correctivas Basadas en Riesgo. Presentación hecha por el Lic. Leonardo Fantín en las Terceras Jornadas de Tecnología y Políticas Ambientales
- Acción Correctiva Basada en Riesgo: un acercamiento práctico a la evaluación y remediación de sitios. Autor: Ijaz S. Jamall

Referentes Normativos

Nacionales

- Constitución de la Nación Argentina
- Ley 25675 (Ley General del Ambiente)

Extranjeros

- Europa: Directiva 2004/35/CE
- EEUU: CERCLA, RCRA, Normas ASTM (ASTM 1739 de 1995 – ASTM 2081 de 2000 – Guía E 2205-02)
- España: Real Decreto 9 / 2005