
Importando CERCLA a Argentina: el saneamiento del riachuelo como un caso de derechos desestabilizadores

Pablo A. Crimer*

Resumen

Este trabajo propone la tesis de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado algo similar a una ley norteamericana sobre responsabilidad ambiental y remediación mediante el dictado de sus decisiones en la causa “Mendoza”. Propone que la Corte debió decidir de esta forma para lograr desatrincherar los fallidos arreglos institucionales que permitieron la contaminación y llevaron a la falta de remediación en los últimos dos siglos. El caso se analiza como un caso de litigio de interés público, en el cuál se intenta forzar el cambio del status quo mediante el ejercicio de derechos desestabilizadores. Éstos son derechos a desatrincherar una institución pública que sistemáticamente ha fallado en satisfacer estándares mínimos de performance y que ha sido inmune a los mecanismos políticos convencionales de corrección.

El trabajo también destaca la solución adoptada por la Corte Suprema, que es clasificada como “experimentalista”. La Corte ordenó cumplir con ciertos objetivos generales, mientras que permitió a los estados demandados decidir sobre el diseño y la implementación del plan de saneamiento. Las decisiones de la Corte favorecieron la transparencia, la participación ciudadana y la revisión permanente del plan adoptado.

Palabras Clave: Riachuelo – Remediación - CERCLA - Experimentalismo – Desestabilización

Abstract

This paper proposes the idea that the Supreme Court of Argentina has created something similar to CERCLA through its ruling in the “Mendoza” case. It argues that the Supreme Court decided the case as it did due to the entrenchment of failing institutional arrangements, which allowed the pollution of the river basin to go

Fecha de recepción: 19 de julio de 2011 | Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2011

• Abogado Universidad de Buenos Aires, LL.M. Columbia University School of Law.

uncleaned for the last two centuries. The case is analyzed as a public interest case, in which a citizen suit tries to force a change in the *status quo* through the exercise of destabilization rights. These are rights to disentrench an institution that has systematically failed to meet its obligations and remained immune to traditional political correction forces.

This paper also highlights the Supreme Court solution, which is considered an experimentalist approach. The Court ordered the parties to fulfill certain general objectives, while allowing the defendant governments to decide on the design and implementation of the remediation plan. The Supreme Court decision favoured transparency, citizen participation and the permanent review of the remediation plan.

Keywords: Riachuelo – Remediation – CERCLA – Experimentalism – Destabilization

Índice

I. Introducción	167
II. La Cuenca Matanza-Riachuelo	168
III. El caso “Mendoza”	169
IV. La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo	171
V. Desestabilizando el atrincheramiento de arreglos institucionales fallidos	172
1. La teoría de la desestabilización	173
2. El caso Mendoza como un caso de derechos desestabilizadores	174
3. La solución adoptada por la Corte Suprema: un modelo experimentalista	176
VI. La construcción de CERCLA en Argentina	179
1. CERCLA en pocas palabras	179
2. Las innovaciones de la CSJN	180
3. Elaborando CERCLA en Argentina	181
4. El nuevo régimen legal para la remediación de la CMR	183
5. La razonabilidad de las decisiones de la CSJN	184
VII. Algunas incertidumbres	185
VIII. Conclusión	186
IX. Bibliografía	188

I. Introducción

Este trabajo propone la tesis de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) ha creado algo similar a una ley norteamericana sobre responsabilidad ambiental y remediación mediante el dictado de sus decisiones en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” (“Mendoza”).

En la causa Mendoza, la CSJN ordenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires diseñar e implementar un programa de saneamiento ambiental para la Cuenca Matanza-Riachuelo (“CMR”). Asimismo, estableció que posteriormente decidiría sobre la responsabilidad individual de cada una de las otras partes demandadas en la causa. Por ello, entiendo que la CSJN aplicó algo similar a la ley de los Estados Unidos de América denominada “*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*” (“CERCLA”).¹

La CMR es la cuenca hídrica más contaminada de Argentina. Este trabajo propone que semejante contaminación se debe al atrincheramiento de arreglos institucionales fallidos. Más de 200 años de contaminación y varios intentos sin éxito de remediarlo, demuestran ese nocivo atrincheramiento. Este trabajo sostiene que se necesitó de una decisión original de la CSJN para poder derrocar ese fuerte atrincheramiento.

Entiendo que la CSJN pudo haber decidido de otra manera. En lugar de condenar a los Estados demandados a remediar la CMR y luego analizar la responsabilidad individual de los otros demandados y así adjudicar los costos de la remediación, la CSJN podía haber decidido el caso como cualquier otro caso ambiental en Argentina. No hay ninguna norma explícita en nuestro país que faculte a resolver un caso como lo ha hecho la CSJN en el caso Mendoza. En otras palabras, considero que no hay ninguna norma que obligue al Estado a remediar y luego a perseguir la repetición de los costos contra el causante del daño.

Por ello, entiendo que aplicando la legislación argentina, la CSJN podía haber ordenado a los Estados que ejerzan su poder de policía y, al mismo tiempo, condenado al responsable del daño ambiental a remediar el daño causado. Sin embargo, la CSJN siguió otro camino. La teoría que propone este trabajo es que la CSJN debió decidir de esta forma para poder desatrincherar los fallidos arreglos institucionales que permitieron la contaminación y la falta de remediación de la CMR en los últimos dos siglos.

1. “*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*”, 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (2000).

Este trabajo primero explica algunas cuestiones básicas de la CMR y del caso Mendoza. Continúa con un análisis del caso bajo la teoría que explica cómo casos de interés público iniciados por un grupo de ciudadanos pueden forzar el cambio del *status quo* dominado por arreglos institucionales fallidos.

Más adelante, para explicar la comparación del caso Mendoza con CERCLA, se provee una descripción básica de la norma extranjera. Luego se analizan los aspectos más sustanciales del caso Mendoza y se explica en qué se asemeja el sistema de remediación creado por la CSJN para la CMR a CERCLA. Por último, se detallan algunas incertidumbres con respecto al futuro de la causa Mendoza.

Se debe destacar que este trabajo no aborda la discusión sobre la efectividad de la implementación del plan de saneamiento ambiental que se está actualmente ejecutando en la CMR, sino que se encuentra sólo acotado a la discusión de las decisiones de la CSJN y al nuevo régimen legal creado para la remediación y prevención del daño ambiental en la CMR.

II. La Cuenca Matanza-Riachuelo

Con la finalidad de dar un marco a este trabajo, se describe a continuación algunas características de la CMR. Esta cuenca se encuentra localizada en parte de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires (que involucra a 14 municipios). Asimismo, en la CMR, cuyo área es de 2.338 km², viven 5 millones de personas (año 2008)², que representan un 14% de la población de Argentina.

La mayoría de la población de la CMR se encuentra por debajo de la línea de pobreza y vive en condiciones de insalubridad.³ Importantes áreas de la CMR están ocupadas por asentamientos precarios y aproximadamente el 25% de los habitantes de la CMR no posee provisión de agua potable y el 43% no posee red cloacal. Por otra parte, se estima que existen más de 10.000 establecimientos industriales en la CMR.⁴

De acuerdo a los gobiernos involucrados, la contaminación de la CMR fue causada por una combinación de políticas públicas inadecuadas, errores, negligencia y deficiencias políticas y sociales en acciones públicas y privadas por más de 200 años.⁵ En este extenso período se ha intentado remediar la cuenca, pero se ha fallado en todas las oportunidades.

2. Plan Integral de Saneamiento Ambiental, p. 27 (2009).

3. *Ibid.*, p. 31.

4. *Ibid.*, p. 1.

5. *Ibid.*

III. El caso “Mendoza”

En el año 2004, un grupo de ciudadanos presentó una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y 44 establecimientos industriales. Principalmente, la parte actora formuló dos pretensiones. Por uno lado, reclamó la reparación económica por el daño sufrido, y por otro lado, la remediación de la CMR y la protección de la salud de sus habitantes.

El 20/06/2006 la CSJN dictó la primera decisión de relevancia en la causa Mendoza, en la que decidió: (i) no hacer lugar a la acumulación objetiva de las pretensiones. Por un lado rechazó la competencia originaria para entender en los reclamos individuales de reparación de los daños a las personas y a la propiedad, y por otro lado, aceptó su competencia para entender sobre la pretensión de prevenir y remediar el daño ambiental de la CMR;⁶ (ii) ordenar a los Estados demandados a presentar un plan de remediación ambiental, que incluya planes de zonificación, control ambiental sobre las industrias, evaluación ambiental de los establecimientos de las industrias demandadas, educación ambiental e información pública;⁷ (iii) ordenar a las empresas demandadas presentar información sobre la descarga de efluentes líquidos, plantas de tratamiento y seguro ambiental;⁸ (iv) ordenar a la parte actora aportar a su escrito de demanda cierta información necesaria para dilucidar el caso;⁹ (v) no conceder una medida cautelar solicitada por la parte actora;¹⁰ (vi) convocar a una audiencia pública para que los Estados demandados expongan el plan de remediación ambiental.¹¹

169

Luego, el 24/08/2006 el Defensor del Pueblo fue aceptado como tercero interesado y el plan de remediación fue presentado por los Estados demandados. El 30/8/2006, cuatro ONGs fueron aceptadas como terceros interesados, mientras que otras tres fueron rechazadas por falta de legitimación activa (debido a que la protección del medio ambiente no figuraba dentro del objeto estatutario).¹²

6. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 20/06/06, Fallos: 329:2316, puntos I, II y III.

7. *Ibid.*, punto V.

8. *Ibid.*, punto IV.

9. *Ibid.*, punto VII.

10. *Ibid.*, punto VIII.

11. *Ibid.*, punto VI.

12. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, Resolución del 30/08/06, Fallos: 329:3528, § 3.

Entre el 12/09/2006 y el 15/09/2006, se llevaron a cabo audiencias públicas. El 15/11/2006 el Congreso de la Nación sancionó la ley que crea la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (“ACUMAR”) cuyo objetivo es la prevención y remediación del daño ambiental en la CMR.¹³ Luego, la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires dictaron sus propias leyes adhiriendo a esta ley federal.

El 6/2/2007 la CSJN ordenó a los Estados demandados presentar un informe sobre las medidas adoptadas en el plan de remediación e información sobre el impacto ambiental de las industrias demandadas. El 20/2/2007 se llevó a cabo una segunda audiencia pública y se presentó un informe sobre la implementación del plan de remediación. El 23/02/2007 la CSJN ordenó a la Universidad de Buenos Aires que analice la factibilidad del plan presentado.

El 20/03/2007 fueron admitidos otros ciudadanos y otra ONG como terceros y se decidió que ya no se aceptarían más partes o terceros en el proceso. Luego, el 4/7/2007, se efectuó una tercera audiencia pública en la cual las partes expresaron su opinión sobre el plan de remediación y la Universidad de Buenos Aires presentó su informe.

El 22/08/2007 la CSJN le requirió a los Estados demandados y a la ACUMAR que: (i) presenten un estudio actualizado de la calidad del aire, agua superficial y subterránea de la CMR;¹⁴ (ii) presenten un listado de los establecimientos industriales que efectúan tareas potencialmente contaminantes;¹⁵ (iii) presenten las actas de reuniones de la ACUMAR, estudios de impacto ambiental, estudios de relocalización de residentes y de industrias;¹⁶ (iv) presenten información sobre el desarrollo de las actividades de remediación de basurales ilegales, la limpieza de los márgenes del río, la expansión de la red de agua potable, la infraestructura para controlar la descarga del agua pluvial y la red cloacal.¹⁷ Asimismo, la CSJN ordenó el traslado de la demanda y dictó novedosas normas procesales para su contestación.¹⁸

Las contestaciones de la demanda fueron presentadas, y luego entre el 28/11/2007 y el 30/11/2007 éstas fueron expuestas oralmente durante la cuarta audiencia pública.

El 8/7/2008 la CSJN dictó la siguiente sentencia: (i) que esta decisión sólo dispone sobre la prevención y remediación del daño ambiental de la CMR;¹⁹ (ii)

13. Ley No. 26.168 de la Cuenca Matanza Riachuelo, B.O. del 05/12/06.

14. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 22/08/07, Fallos: 330:3363, punto I.1.

15. *Ibid.*, punto I.2.

16. *Ibid.*, punto I.3.

17. *Ibid.*, punto I.4, I.5, I.6, I.7, I.8.

18. *Ibid.*, punto II.

19. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 08/07/08, Fallos: 331:1622, punto I.

que posteriormente, la CSJN decidirá sobre la responsabilidad individual de las empresas demandadas;²⁰ (iii) que los Estados demandados, mediante la ACUMAR, deberán ejecutar el plan de saneamiento y así lograr la remediación y prevención del daño ambiental de la CMR y la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes;²¹ (iv) que los Estados demandados deberán diseñar e implementar un plan de sanidad para los habitantes de la CMR;²² (v) que los Estados demandados deberán implementar un sistema de información pública ambiental, un sistema de evaluación ambiental para los establecimientos de la CMR y presentar información sobre la calidad del aire y agua de la cuenca; (vi) que el control y supervisión de la ejecución de la sentencia se llevará a cabo por un juzgado federal de primera instancia;²³ (vii) que la implementación del plan de remediación será controlada por la Auditoría General de la Nación²⁴ y por las ONGs admitidas como terceros en el proceso.²⁵

IV. La Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo

Después de la primera sentencia de la CSJN, de fecha 20/06/2006, los tres Estados demandados y los catorce municipios de la Provincia de Buenos Aires acordaron crear un ente interjurisdiccional para implementar la sentencia de la CSJN. Luego, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso un proyecto de ley para crear este ente y ratificar el acuerdo alcanzado. El 15/11/2006 el Congreso de la Nación aprobó la ley de creación de la ACUMAR (“Ley de ACUMAR”), a la que adherieron la Provincia de Buenos Aires²⁶ y la Ciudad de Buenos Aires.²⁷

La ley creó la ACUMAR como un ente interjurisdiccional para la prevención y remediación del daño ambiental colectivo de la CMR.²⁸ Este ente tiene facultades que prevalecen sobre las facultades de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires.²⁹ La ACUMAR está facultada para: (i) ejecutar el plan de remediación y prevención de la contaminación de la CMR; (ii) regular y controlar las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con

171

20. *Ibíd.*, § 15.

21. *Ibíd.*, § 17.1.

22. *Ibíd.*, § 17.IX.2.

23. *Ibíd.*, punto VII.

24. *Ibíd.*, punto IV.

25. *Ibíd.*, § 19.

26. Ley No. 13.642, del 27/03/07, Provincia de Buenos Aires.

27. Ley No. 2.217, del 26/01/07, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

28. Ley 26.168, *supra* nota 13, Art. 1.

29. *Ibíd.*, Art. 6.

incidencia ambiental en la CMR; (iii) unificar el régimen aplicable en materia de vertidos de efluentes líquidos y emisiones gaseosas; (iv) planificar el ordenamiento ambiental de la CMR; y (v) establecer y percibir tasas por servicios prestados.³⁰

Asimismo, la ley crea un fondo administrado por la ACUMAR, cuya finalidad es la protección de los derechos humanos y la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales.³¹ Se establece que el fondo estará integrado por asignaciones presupuestarias, fondos recaudados en concepto de multas, tasas y tributos, indemnizaciones de recomposición fijadas en sede judicial; subsidios, donaciones o legados; créditos internacionales y otros recursos que le asigne el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. Desestabilizando el atrincheramiento de arreglos institucionales fallidos

Este trabajo se propone analizar el caso Mendoza bajo el esquema teórico de la “Teoría de la desestabilización” (*Destabilization theory*) desarrollada por Sabel y Simon.³² La tesis que propone este trabajo es que las decisiones de la CSJN generaron un efecto de desatrincheramiento de los arreglos institucionales fallidos (*failing institutional arrangements*) que habían permitido la contaminación de la CMR por casi 2 siglos.

172

Entiendo que el caso Mendoza puede ser analizado como un intento de desatrincherar y reconfigurar arreglos institucionales ineficaces, que en este caso, se refieren a la centenaria contaminación de la cuenca. Estos autores entienden los casos de litigios de derecho público (*public law litigation cases*) como instancias centrales de los “derechos desestabilizadores” (*destabilization rights*). Éstos son derechos a desatrincherar una institución pública que sistemáticamente ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones y ha sido inmune a las tradicionales fuerzas políticas de corrección.³³

Con la finalidad de analizar las decisiones de la CSJN en el caso Mendoza, en los capítulos siguientes se explica las características principales de esta teoría, y se intenta demostrar cómo ésta se aplica al caso en análisis.

30. *Ibíd.*, Art. 5.

31. *Ibíd.*, Art. 9.

32. Sabel, Charles F. y Simon, William H., “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 117, Cambridge, Ma, Harvard Law Review Pub. Association, 2004, pp 1015 y ss.

33. *Ibíd.*, p. 1016.

1. La teoría de la desestabilización

Sabel y Simon enseñan que los derechos desestabilizadores son derechos a desatrincherar o remover instituciones públicas cuando, en primer lugar, éstas fallan en satisfacer estándares mínimos de performance adecuada, y en segundo lugar, son substancialmente inmunes a los mecanismos políticos convencionales de corrección. En el caso típico, la aceptación o adjudicación de responsabilidad da lugar a un proceso supervisado de negociación y deliberación entre las partes y los interesados. El resultado característico de este proceso es un régimen de reglas que son periódicamente revisadas bajo evaluaciones transparentes sobre su implementación.³⁴

El núcleo de esta teoría consiste en mecanismos que permiten a los interesados intervenir y desatrincherar los arreglos institucionales fallidos.³⁵ Sabel y Simon explican que en algunos de estos litigios, los jueces no están dispuestos a imponer a los Estados demandados complejos planes de reforma institucional. Por ello, sostienen que es más conveniente adoptar un remedio que produzca el desatrincheramiento de los arreglos institucionales, fijando amplios objetivos de cumplimiento y delegando al Estado demandado el diseño institucional. Así se invierte la carga del diseño de la solución a los demandados.

Por otra parte, esta teoría indica que luego de sentenciar, los jueces mantienen su competencia para asegurar el cumplimiento de la sentencia (*accountability*) y se establecen mecanismos de monitoreo y control.³⁶

Asimismo, sostiene que este proceso fija un nuevo modelo de gobernanza de colaboración entre las partes interesadas, en un modelo de proceso abierto y experimental de rediseño, implementación, reevaluación y ajuste.³⁷ En conclusión,

173

34. *Ibíd.*, p. 1062. En las propias palabras de los autores:

A public law destabilization right is a right to disentrench or unsettle a public institution when, first, it is failing to satisfy minimum standards of adequate performance and, second, it is substantially immune from conventional political mechanisms of correction. In the typical pattern of the new public law suit, a finding or concession of liability triggers a process of supervised negotiation and deliberation among the parties and other stakeholders. The characteristic result of this process is a regime of rolling or sectional rules that are periodically revised in light of transparent evaluations of their implementation.

35. Karkkainen, Bradley C., "Information-forcing Environmental Regulation", en: *Florida State University Law Review*, Vol. 33, Tallahassee, Florida State University College of Law, 2006, p. 866.

36. *Ibíd.*

37. Sabel y Simon, *supra* nota 32, pp. 1016-21. En palabras de estos autores: "new governance-style collaboration among all interested parties in an open-ended, experimental process of institutional redesign, implementation, reevaluation and readjustment."

esta teoría afirma que las acciones judiciales de los ciudadanos (*citizen suits*) actúan como derechos desestabilizadores, forzando el desatrincheramiento y la reconfiguración de ineficaces instituciones públicas.³⁸

2. El caso Mendoza como un caso de derechos desestabilizadores

La tesis que propone este trabajo es que el caso Mendoza es un caso de derechos desestabilizadores, según lo explican Sabel y Simon. En este capítulo se explica como el caso Mendoza cumple con las principales características de la teoría propuesta.

El caso Mendoza fue iniciado por una demanda interpuesta por ciudadanos (*citizen suit*) cuyo objetivo fue la modificación de arreglos institucionales ineficaces.³⁹ En el caso en cuestión, estos arreglos institucionales fallidos consisten en la contaminación de más de dos siglos de la CMR y el hecho de que varios gobiernos hayan fracasado en sus intentos de remediación.

La demanda interpuesta por los ciudadanos pretendió modificar el *status quo*, caracterizado por la mencionada falencia gubernamental. La sentencia de la CSJN buscó incentivar el cambio, mediante el rompimiento del *status quo*, con el fin de lograr el desatrincheramiento y el rediseño de los acuerdos institucionales. En efecto, la CSJN pretendió facilitar el cambio y el establecimiento de una nueva estructura institucional que a la vez favorezca la discusión pública, la negociación y el debate entre las partes y los demás interesados.

La sentencia no apuntó a crear por sí misma una solución a la remediación de la CRM. En otras palabras, la CSJN no intentó establecer por sí misma un modelo completo de planeamiento, dirección, y control (*command-and-control*). En vez de condenar a los Estados demandados a cumplir con ciertas obligaciones concretas, procedió a establecer algunos criterios generales⁴⁰ y luego los obligó a cumplir con ellos.⁴¹ De esta forma, la CSJN dejó el diseño del plan de remediación en manos de los Estados demandados. Este es un punto elemental de la teoría de Sabel y Simon. La CSJN expresamente indica que el objetivo de la sentencia es fijar criterios generales, y que el modo en que éstos se concretan corresponde al ámbito de la discrecionalidad de la administración pública.⁴²

También en consonancia con otro elemento de la teoría de “*Destabilization rights*”, la CSJN estableció un sistema de control y monitoreo sobre el cumplimiento

38. Karkkainen, *supra* nota 35, p. 867

39. *Ibid.*, p. 867.

40. “Mendoza”, decisión de fecha 20/06/06, *supra* nota 6, punto V.

41. “Mendoza”, decisión de fecha 08/07/08, *supra* nota 19, § 17.1.

42. *Ibid.*, § 15.

de la sentencia. Además de designar un juez de ejecución, la Corte le otorgó ciertas facultades de control a diferentes interesados (*stakeholders*), remarcando su compromiso con la transparencia y la rendición de cuentas (*accountability*).

Sabel y Simon citan a Abram Chayes quien también escribió sobre casos de litigios de interés público (*public law cases*). Chayes enseña que estos casos incluyen amplias y amorfas partes, con reclamos que implican la operación de grandes instituciones públicas, y soluciones que requieren reestructuraciones y monitoreo a largo plazo.⁴³ Todas estas características aparecen el caso Mendoza.

La CSJN en varias decisiones se ocupó de demarcar la configuración de la parte actora. Un grupo de ciudadanos interpusieron la demanda, pero luego varias ONGs y el Defensor del Pueblo solicitaron su admisión al proceso. La CSJN aceptó a algunos de éstos como terceros en el proceso, pero rechazó a otros por falta de legitimación activa.

Como se viene explicando, el caso Mendoza puede ser estudiado como un caso de litigio de derecho público (*public law case*) que generó un cambio institucional. Enfrentando la persistente e ineficaz performance de las instituciones públicas sumado a un bloqueo político (*political blockage*), la parte actora inició su demanda. Se pretendió el rompimiento del *status quo*. Ante semejante oportunidad, la CSJN tomó decisiones muy novedosas de fondo y de forma, dejando de lado las típicas reglas procesales. Así, por ejemplo, la CSJN convocó a varias audiencias públicas, estableció procedimientos especiales para estas audiencias⁴⁴ y para la contestación de la demanda.⁴⁵

La CSJN hizo notar su excepcional rol de liderazgo en varias oportunidades, basándose en las facultades que otorga la Ley General del Ambiente⁴⁶ (“LGA”).⁴⁷ Asimismo, la misma CSJN destacó que la causa Mendoza era un caso excepcional⁴⁸ y no un típico litigio civil, y que por ello muchas reglas procesales debieron ser modificadas.⁴⁹

43. Sabel & Simon, *supra* nota 32, p.1016. En la palabras de los autores: “*amorphous, sprawling party structures; allegations broadly implicating the operations of large public institutions ... and remedies requiring long-term restructuring and monitoring of these institutions.*”

44. “Mendoza”, decisión de fecha 30/08/06, *supra* nota 12, Anexo.

45. “Mendoza”, decisión de fecha 22/08/07, *supra* nota 14, punto II.

46. Ley No. 25.675 de Política Ambiental Nacional, B.O. del 28/11/02.

47. *Ibid.*, Art. 32.

48. Mendoza, decisión de fecha 22/08/2007, *supra* nota 14, § 3; Mendoza, decisión de fecha 20/03/2007 § 1 de la opinión minoritaria.

49. Mendoza”, decisión de fecha 24/08/2006 § 4.

Por ello, la tesis de este trabajo es que la CSJN dirigió el caso para que éste produzca el cambio institucional requerido. Con la finalidad de desatrincherar los arreglos institucionales fallidos, la CSJN condujo el proceso de manera de romper con lo viejo y asegurarse el comienzo de un nuevo esquema institucional. Este nuevo esquema es forjado por las partes y los interesados, y no dictado desde arriba.⁵⁰

De acuerdo a estos autores, hay dos elementos esenciales en casos de derechos desestabilizadores, a saber: (i) arreglos institucionales ineficientes que no satisfacen estándares mínimos de adecuada performance, y (ii) bloqueo político. En lo que respecta al primero, en la causa Mendosa, se destaca que la CMR se encuentra contaminada desde hace años y múltiples gobiernos no han podido satisfacer ciertos estándares mínimos de adecuada performance por casi dos siglos. Reiteradamente se ha fracasado en la protección del medio ambiente y la salud de los habitantes de la CMR.

El segundo elemento, el bloqueo político, también se encuentra presente en el caso en discusión. Como se viene diciendo, durante dos siglos los diferentes gobiernos han tenido una conducta ineficaz. Sin embargo, lo distintivo del caso es que ha habido intentos de remediar la CMR, pero todos estos han fracasado. Por ello, entiendo que la contaminación de la CMR parece inmune a los mecanismos políticos convencionales de corrección.

176 Otro elemento característico que detallan Sabel y Simon es la admisión de la responsabilidad de los demandados en este tipo de casos.⁵¹ También este elemento se encuentra presente en el caso Mendoza. Los Estados demandados admitieron el hecho de la contaminación de la CMR y no negaron su responsabilidad. Estos fueron hechos no controvertidos. En la contestación de la demanda,⁵² los Estados explicaron que la sanción de la Ley de ACUMAR por parte del Congreso Nacional agotó el objeto de la demanda en lo referente a la remediación y prevención del daño ambiental colectivo.

3. La solución adoptada por la Corte Suprema: un modelo experimentalista

Por otra parte, resulta también interesante estudiar detenidamente el sistema creado por las decisiones de la CSJN. Sabel y Simon explican que en los casos de derechos desestabilizadores hay una marcada tendencia en las decisiones judiciales a apartarse de los modelos de dirección y control (*command-and-control*). En su

50. Karkkainen, *supra* nota 35, p. 896.

51. Sabel y Simon, *supra* nota 32, p. 1062.

52. Contestación de la demanda de los Estados demandados, p. 14.

lugar, las decisiones judiciales adoptan un modelo menos verticalista y más flexible, conocido como el modelo experimentalista (*experimentalist approach*).⁵³ Este capítulo propone que la sentencia del caso Mendoza tiene importantes similitudes con este modelo experimentalista.

En comparación al modelo convencional, este nuevo modelo incluye normas más flexibles, la participación de los interesados (*stakeholders*) y procedimientos de rendición de cuentas (*accountability*). Bajo este esquema, los jueces establecen objetivos generales a alcanzar y luego las partes deciden como se logran aquellos objetivos. Se incluyen, además, procedimientos para el análisis del cumplimiento de estos objetivos.⁵⁴

Considero que las características del modelo experimentalista pueden encontrarse también en las decisiones de la CSJN en el caso Mendoza. Sabel y Simon esbozan que este modelo tiene principalmente tres elementos característicos: (i) el diálogo y la negociación entre las partes y los interesados (*stakeholder negotiation*); (ii) un régimen de reglas provisorias que son periódicamente revisadas (*rolling rule regime*); y (iii) la transparencia.

El primer elemento se caracteriza por la negociación entre las partes de un plan para resolver el conflicto.⁵⁵ Se involucra a los interesados que se unen a la discusión por medios no convencionales de participación.⁵⁶ Entiendo que en el caso en análisis, las decisiones de la CSJN incluyen este elemento. Así, por ejemplo, se destacan los siguientes puntos: (i) la CSJN ordenó a los Estados demandados presentar un plan de remediación⁵⁷ y permitió a los demás interesados presentar sus opiniones al respecto;⁵⁸ (ii) aceptó la participación del Defensor del Pueblo y de varias ONGs como terceros interesados;⁵⁹ y (iii) permitió la participación ciudadana en el control de la implementación del plan de remediación y ordenó al Defensor del Pueblo la coordinación de dicha participación y la conformación de un cuerpo colegiado conformado por ONGs.⁶⁰ Por otra parte, la participación ciudadana también es tenida en cuenta en la Ley de ACUMAR, que crea una comisión de participación social con funciones consultivas.⁶¹

53. Sabel y Simon, *supra* nota 32, p. 1067.

54. *Ibid.*, p.1019.

55. *Ibid.*, p. 1067.

56. *Ibid.*

57. "Mendoza", decisión de fecha 20/06/2006, *supra* nota 6, punto V.

58. CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios", Audiencia Pública del 07/04/07.

59. "Mendoza", decisión de fecha 30/08/2006, *supra* nota 12.

60. "Mendoza", decisión de fecha 08/07/2008, *supra* nota 19, puntos 5 y 6.

61. Ley 26.168, *supra* nota 13, Art. 4.

En relación al segundo elemento, el régimen de normas provisionales, Sabel y Simon explican que las reglas adoptadas son periódicamente revisadas en base a evaluaciones transparentes sobre la implementación del plan. Por ello, el resultado de la negociación de los interesados es provisional y se encuentra sujeta a permanente evaluación mediante la continua participación ciudadana.⁶²

En el caso Mendoza, el plan de remediación propuesto por los Estados demandados fue sujeto a diversos escrutinios. Así, por ejemplo: (i) la CSJN ordenó a la Universidad de Buenos Aires que analice la factibilidad del plan;⁶³ (ii) convocó a varias audiencias públicas para que las partes expresen su opinión al respecto;⁶⁴ (iii) atribuyó competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para controlar la implementación del plan y revisar las decisiones de la ACUMAR;⁶⁵ y (iv) se presentó una versión corregida del plan de remediación.⁶⁶

El tercer elemento que esbozan estos autores es la transparencia. Este principio ordena que las políticas públicas y las normas adoptadas en el caso deben ser públicas y explícitas. Asimismo, debe haber procedimientos para evaluar el cumplimiento del plan y sus resultados deben ser publicados.⁶⁷

En el caso Mendoza, la transparencia se ve reflejada en los siguientes puntos: (i) la CSJN convocó a varias audiencias públicas; (ii) ordenó a los Estados demandados establecer un sistema de información pública;⁶⁸ (iii) ordenó a los Estados demandados adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición para evaluar el nivel de cumplimiento de los objetivos del plan de saneamiento e informar sus resultados;⁶⁹ (iv) ordenó a los Estados demandados proveer información “clara y accesible para el público en general” sobre el estado del aire y agua en la CMR, un listado de industrias existente en la CMR que realicen actividades contaminantes, información sobre cuestiones presupuestarias de la ACUMAR, y en general, sobre la implementación del plan de saneamiento;⁷⁰ y (v) ordenó que la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria relacionada

178

62. Sabel y Simon *supra* nota 32, p. 1069.

63. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 23/02/07, www.csjn.gov.ar.

64. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, Audiencia Pública del 04/07/07.

65. “Mendoza”, decisión de fecha 08/07/2008, *supra* nota 19, punto VII.

66. Plan Integral de Saneamiento Ambiental (2009).

67. Sabel y Simon, *supra* nota 32, p. 1071.

68. “Mendoza”, decisión de fecha 08/07/2008, *supra* nota 19, §17 punto II.

69. *Ibid.*, § 17 punto 1.

70. “Mendoza”, decisión de fecha 22/08/2007, *supra* nota 14.

a la implementación del plan de saneamiento debe ser auditadas por la Auditoría General de la Nación.⁷¹ Por otra parte, puede destacarse que la ACUMAR estableció un registro público de agentes contaminantes.⁷²

Como se detalló en este capítulo, la solución adoptada por la CSJN cumple con los caracteres del modelo experimentalista. De forma similar, entiendo que el caso Mendoza también coincide con los principales caracteres de la teoría de los derechos desestabilizadores.

VI. La construcción de CERCLA en Argentina

Como se expuso más arriba, este trabajo propone la tesis de que la sentencia de la CSJN produjo un efecto de desatrincheramiento sobre arreglos institucionales fallidos. La CSJN pretendió romper con el *status quo*, y ordenó a los Estados demandados a remediar la CMR. La hipótesis que propone este trabajo es que las decisiones de la CSJN crearon un nuevo régimen legal para la CMR que tiene importantes similitudes con CERCLA.

1. CERCLA en pocas palabras

CERCLA es una ley sancionada por el Congreso Estados Unidos de America en 1980. CERCLA es el acrónimo de “*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*”. Esta norma también es conocida como “*Superfund*”.

179

Para el reducido marco de este trabajo, la principal cuestión a resaltar sobre CERCLA es que cuando el responsable de un daño ambiental no puede inicialmente determinarse, o éste no puede ejecutar las acciones de remediación, se faculta a una agencia administrativa a ejecutar las tareas de remediación y luego repetir los gastos contra los responsables.⁷³

Asimismo, esta ley faculta a la agencia federal a ejecutar tareas de remediación o acciones inmediatas en respuesta a emergencias.⁷⁴ La agencia también está facultada

71. “Mendoza”, decisión de fecha 08/07/2008, *supra* nota 19, punto 4.

72. Resolución ACUMAR No. 76/2009, B.O. del 7/12/09; Resolución ACUMAR No. 1/2008, B.O. del 31/03/2009; Resolución de ACUMAR No. 7/2009, B.O. del 26/02/2010.

73. Findley, Roger W., Farber, Daniel A. y Freeman, Jody, *Cases and Materials on Environmental Law*, American Casebooks Series, St. Paul, Thomson West, 6ta ed., 2003, p. 737.

74. Percival, Robert V. y otros, *Environmental regulation – Law, Science, and Policy*, Nueva York, Aspen Publishers, 6th ed., 2009, p. 394.

para ordenar a los privados la ejecución de las tareas remediación⁷⁵ o el cese de actividades para prevenir el daño ambiental.

En resumen, esta ley establece cuatro puntos fundamentales, a saber: (i) reúne información y establece un sistema de análisis de sitios contaminados; (ii) faculta a una agencia federal a remediar el daño ambiental y a efectuar acciones de respuestas a emergencias; (iii) crea un fondo para financiar las acciones de remediación; y (iv) establece las reglas de responsabilidad por daño ambiental.⁷⁶

La facultad de esta agencia de demandar para recolectar los costos de la remediación, le permite responder inmediatamente utilizando los recursos del fondo, y luego intentar atribuir la responsabilidad financiera a los responsables del daño.⁷⁷ En un principio, el fondo para la remediación estaba conformado con la recaudación de un impuesto a la industria química y petrolera. Con posterioridad a 1995, los fondos provienen del presupuesto general de la administración federal.⁷⁸

Otro de los puntos fundamentales que establece CERCLA son las reglas para atribuir la responsabilidad. Este es un tema bastante extenso, pero para el reducido marco de este trabajo se puede resaltar que CERCLA establece una responsabilidad similar a la responsabilidad objetiva (*strict liability*) y solidaria (*joint and several liability*). Mediante estas reglas, CERCLA endilga responsabilidad por el daño a un amplio grupo de personas.

180 Las referencias a CERCLA en este trabajo sólo hacen a la facultad de la agencia administrativa de ejecutar acciones de remediación y acciones de respuesta a emergencias y repetir luego los costos de estas acciones.

2. Las innovaciones de la CSJN

La CSJN ordenó a los Estados demandados remediar la CMR, con el objeto de romper con el atrincheramiento de las instituciones arriba explicado. Considero que semejante decisión ha sido especialmente novedosa.

La CSJN ha sido muy creativa en muchas de sus decisiones en el caso Mendoza. En efecto, ha innovado, por ejemplo, en la convocatoria a audiencias públicas, en la invitación a la participación de diversos interesados, en el establecimiento de principios amplios de cumplimiento del plan de remediación en lugar de obligaciones específicas, y en la creación de novedosas reglas procesales, ente

75. *Ibíd.*

76. Findley, *supra* nota ,73, p. 736.

77. Percival, *supra* nota 74, p. 403.

78. *Ibíd.*, p. 394.

otras. Sin embargo, considero que la decisión más novedosa y que modifica fuertemente las reglas sobre responsabilidad ambiental y la obligación de remediar los daños ambientales en Argentina es la decisión de ordenar a los Estados demandados a remediar y luego decidir sobre la responsabilidad individual de los responsables del daño.

Observo que esta decisión es tan heterodoxa que se aleja de lo prescripto en las normas nacionales. La LGA y el Código Civil establecen la regla de que aquel que causa un daño ambiental tiene la obligación de remediarlo. Sin embargo, en el caso Mendoza, la CSJN se alejó de esta regla. La CSJN ordenó a los Estados remediar, e indicó que luego establecerá la responsabilidad individual de los demás demandados. Por ello, considero que la sentencia de la CSJN en este caso es novedosa.

Este trabajo propone la tesis de que la CSJN creó algo similar a CERCLA. Ordenar la remediación de un daño ambiental a quien no lo causó es algo nuevo en Argentina.

En el supuesto caso en el que la CSJN hubiese seguido de una manera típica las normas de la LGA y el Código Civil, se debería haber primero establecido la responsabilidad individual de quien causó el daño, para luego ordenar a éste remediarlo. No obstante, bajo esa hipótesis, la CSJN debería haber analizado para cada demandado su responsabilidad particular. Semejante tarea hubiese impedido por años la ejecución de las tareas de saneamiento. Se debe tener presente que ésta es una causa muy compleja. ¿Cómo podría la CSJN establecer la responsabilidad de sólo 44 establecimientos industriales, cuando en realidad hay más de 10.000 establecimientos radicados en la CMR? Dificulta aún más el caso tener en cuenta que la contaminación tiene un historial de dos siglos.

181

Entiendo que una situación caracterizada por 200 años de institucionales fallidas que no cumplen con estándares mínimos de performance, sumado al bloqueo político, no puede desatrincherarse fácilmente. Por ello, se requirió de semejante decisión de la CSJN.

En los capítulos que siguen se explica de qué forma la CSJN construyó normas similares a CERCLA para la CMR, mediante la aplicación de normas vernáculas. Luego, el trabajo continúa con un esbozo de las similitudes entre CERCLA y el complejo normativo creado para el caso Mendoza.

3. Elaborando CERCLA en Argentina

Como se viene explicando, las decisiones de la CSJN favorecieron la creación de algo similar a CERCLA. La CSJN condenó, en primer lugar, a los Estados demandados a presentar un plan de remediación y luego a implementarlo. En segundo lugar, se estableció que luego se decidirá sobre la responsabilidad patrimonial de los causantes del daño ambiental colectivo.

Fue decisión de la CSJN hacer una clara división entre el pasado y el futuro.⁷⁹ Se resolvió que esta primera parte del caso sólo se oriente hacia al futuro, mediante el dictado de una sentencia que se ocupa únicamente de la pretensión de recomposición y prevención del daño ambiental. La condena a los tres Estados agota esta discusión. Por otra parte, la CSJN indica que luego resolverá sobre la atribución de las responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas de pasado.

Este trabajo propone que al decidir de esta forma, la CSJN aplica una solución análoga a CERCLA. Como ya se explicó, la norma norteamericana faculta a una agencia gubernamental a efectuar acciones de remediación del daño ambiental, y se le permite luego recuperar los costos incurridos en estas acciones.

Mediante la aplicación de la Constitución Nacional, las Constituciones de la Provincia y de la Ciudad de Buenos Aires, el Código Civil, la LGA, la CSJN ordenó a los Estados demandados a presentar el plan de remediación. Básicamente, entendió que los Estados demandados eran responsables según los siguientes fundamentos: (i) por poseer el dominio originario de los bienes públicos y recursos naturales, (ii) por estar obligados a proteger el ambiente y la salud de las personas; y (iii) por estar obligados a ejercer el poder de policía para proteger la propiedad, la vida y la salud de las personas. Adicionalmente la CSJN aplicó los principios de la LGA al establecer los objetivos generales del plan de remediación.⁸⁰

182 Otro elemento que demuestra las similitudes entre las decisiones tomadas en el caso Mendoza y CERCLA, es que la CSJN decidió separar las pretensiones de la parte actora.⁸¹ En primer lugar, se rechazó la competencia originaria para entender sobre el resarcimiento de los daños causados a las personas y a sus patrimonios. En segundo lugar, la CSJN se declaró competente para entender sobre el daño ambiental colectivo, y así luego ordenó su remediación. En la misma línea, CERCLA tampoco aborda la cuestión de los daños a particulares.

Con respecto a la Ley de ACUMAR, nótese que esta norma tampoco faculta a la ACUMAR a decidir sobre la lesión a bienes individuales. Por otra parte, esta norma también tiene otras semejanzas a CERCLA, como la creación de un fondo especial⁸² y la facultad de ejercer acciones de prevención y remediación.⁸³

79. "Mendoza", decisión de fecha 08/07/2008, *supra* nota 19, § 15.

80. "Mendoza", decisión de fecha 20/06/2006, *supra* nota 6, § V (citando LGA §§ 4, 5, 8, 9, 10, 14, 16 y 18).

81. *Ibid.*, punto I.

82. Ley 26.168, *supra* nota 13, Art. 9.

83. *Ibid.*, Arts. 5 y 7.

4. El nuevo régimen legal para la remediación de la CMR

Este trabajo propone que se ha creado un marco jurídico especial para a remediación de la CMR. Este régimen está conformado por, principalmente, las decisiones de la CSJN y la Ley de ACUMAR, pero también por las demás normas aplicables al caso (como la LGA, el Código Civil y la propia Constitución Nacional). Las similitudes entre este nuevo marco normativo y CERCLA son expresadas en el cuadro comparativo de abajo.

	CERCLA	Sistema legal para la remediación de la CMR	
		Ley de ACUMAR	Otras normas aplicables
Medidas de remediación	§104	§5	Decisión CSJN 20/06//2006 punto V; Decisión CSJN 07/08/2008 párr. 17; LGA §§ 4, 5, 8, 9, 10, 14, 16, 18.
Medidas preventivas	§104	§7	
Facultad de ordenar la cesación de acciones dañosas	§106	§7.i	
Creación del fondo	§111	§9	LGA §34
Participación social	40 CFR 300.430/5	§4	Decisión CSJN 08/30/2006, Decisión CSJN 07/08/2008 puntos 5 y 6, LGA §§19, 20, 21
Facultad sancionatoria	§109	§§7.f, 7.g	-
Responsabilidad solidaria y derecho de repetición	§§107, 113	-	LGA §31
Responsabilidad por daño	§§107, 101(32)	(§9.c)	CSJN 07/08/2008 párr. 15, LGA §§28, 29, 30, 31; CC
Estándares de remediación	§121	-	Resolución ACUMAR 3/2009
Acuerdos con los responsables	§122	-	-

183

Como se explicó en el capítulo referido a CERCLA, esta ley tiene importantes normas sobre responsabilidad y adjudicación de los costos de remediación, que no están presentes en el nuevo sistema normativo para la CMR. En este último, la responsabilidad está regulada por las normas de la LGA y el Código Civil.

5. La razonabilidad de las decisiones de la CSJN

Considero interesante preguntarse cuáles fueron las razones por las cuáles la CSJN adoptó las decisiones que permitieron desatrincherar los arreglos institucionales fallidos y a la vez crear un nuevo sistema legal para la remediación de la CMR. Es claro que la CSJN pudo haber decidido de una manera distinta. En lugar de ordenar la remediación a los Estados demandados y luego tratar la cuestión de la responsabilidad de los causantes del daño, la CSJN pudo haber resuelto el caso de una manera más ortodoxa, es decir, como cualquier otro caso de daño ambiental en Argentina.

Entiendo que la principal razón por la cual la CSJN decidió de esta novedosa manera es que ésta se enfrentaba a una situación muy compleja: la CMR se encuentra contaminada desde hace más de 200 años, es compartida por múltiples jurisdicciones y cuenta con cinco millones de habitantes y 10.000 establecimientos industriales radicados en su territorio. Por otra parte, como ya se detalló en extenso, este complejo caso se caracterizaba por estar gobernado por instituciones públicas con bajos estándares de performance y por estar impedido de resolverse por las vías políticas tradicionales.

184 Asimismo, entiendo que la CSJN habrá evaluado que las empresas demandadas no podrían haber remediado la CMR por sí mismas. Téngase presente que los establecimientos que podrían tener algún impacto negativo y relevante en el ambiente de la CMR podrían ser más de 10.000. Entonces, ¿cómo coordinar las tareas de remediación entre tantos supuestos responsables? Bajo este panorama, la decisión más racional parece ser la opción heterodoxa adoptada por la CSJN. Por otra parte, la contaminación de la CMR comenzó hace más de dos siglos. Estimo que es una tarea difícil, técnicamente imposible o económicamente prohibitiva, intentar determinar la responsabilidad individual de cada uno de los establecimientos actuales, y más aún, de los establecimientos que ya no se encuentran en funcionamiento.

Por otro lado, la CMR no sólo se encuentra contaminada por el impacto negativo y relevante de algunos establecimientos radicados en la CMR, sino que también debe tenerse en cuenta el impacto generado por los incumplimientos de los Estados en materias como desagües cloacales y basurales ilegales.

Asimismo, la decisión de remediar y luego discutir sobre la responsabilidad de los privados fue también necesaria por la inmediatez requerida en la tarea de saneamiento. Analizar la responsabilidad de las empresas demandadas, o aún de los otros miles establecimientos, podría llevar un extenso período de tiempo. Especialmente cuando lo que se discute es la remediación y la prevención del daño ambiental colectivo. Por ello, en atención a la novedosa decisión de la CSJN, la ejecución de la remediación no se ve afectada por las cuestiones de atribución de responsabilidad.

Esta misma celeridad fue justipreciada al adoptar otras tantas decisiones en la causa. Así, en el plano formal, aún cuando la demanda interpuesta no fue lo suficientemente precisa y no se acompañó toda la prueba necesaria, la CSJN decidió continuar con el proceso de todas formas.⁸⁴ También aplicó de manera ingeniosa⁸⁵ las facultades ordenatorias de la LGA.⁸⁶ En ese caso en particular, la CSJN podría haber ordenado la suspensión del proceso y mandado a los actores a que presenten una nueva demanda. Sin embargo, eso no fue lo decidido. Por el contrario, al mismo tiempo que ordenó a la parte actora corregir la demanda, la CSJN también ordenó a los Estados demandados presentar el plan de saneamiento ambiental.

Por otra parte, entiendo que además ser la solución más racional, dadas las circunstancias del caso, la sentencia de la CSJN ha sido bien aceptada por todos los interesados. Así, si bien los Estados demandados fueron condenados a remediar, éstos en ningún momento negaron su responsabilidad y han comenzado a ejecutar el plan por ellos diseñado. Por otro lado, con respecto a las ONGs, debido a la sentencia de la CSJN, éstas obtuvieron una mejora en sus activos reputacionales.

Los actores, por su lado, obtuvieron la satisfacción de una de sus pretensiones (la condena a remediar el daño ambiental colectivo). Con respecto a sus otras pretensiones (relacionadas a los daños a las personas o sus propiedades), obtuvieron un precedente del más alto tribunal que les servirá en sus reclamos particulares en los juzgados de primera instancia que les correspondan.

Por otra parte, en esta primera instancia, las empresas demandadas no recibieron condena alguna. Por último, la comunidad en general resultó beneficiada con la sentencia en tanto mandó a remediar el daño ambiental colectivo de la CMR.

185

VII. Algunas incertidumbres

Estimo que el nuevo sistema legal conformado por las decisiones de la CSJN parece ser bastante racional, y por sobre todo, conveniente. Sin embargo, encuentro también ciertas dudas e incertidumbres al respecto.

En el marco de este trabajo, la principal duda que surge es la cuestión de la futura asignación de la responsabilidad de los causantes del daño ambiental. ¿Cómo decidirá la CSJN sobre la responsabilidad pasada de las empresas demandadas, o aún, de las empresas no demandadas pero que han contribuido en la causación del daño?

Como se indicó arriba, la tarea de resolver sobre la responsabilidad individual de cada una de las empresas demandadas parece ser materialmente imposible. Complica

84. Véase "Mendoza", decisión de fecha 20/06/2006, *supra* nota 6, §19.

85. "Mendoza", decisión de fecha 20/06/2006, *supra* nota 6, § 20.

86. Ley 25.675, *supra* nota 46, Art. 32.

más el panorama pensar que en la CMR se encontrarían radicados más de 10.000 establecimientos industriales. Además, considerando la antigüedad de la contaminación, se debe tener presente que muchos de las empresas responsables han “dejado de existir”.

El universo de posibles causantes del daño ambiental es muy amplio. Justamente, por esta razón, la CSJN decidió primero ordenar a los Estados demandados remediar, y luego decidir sobre las responsabilidades individuales. Estimo improbable que la CSJN alguna vez pueda determinar y responsabilizar a quien ha causado el daño en cuestión. Por ello, la decisión de ordenar la remediación a los Estados parece una solución necesaria y conveniente.

Por otra parte, me pregunto si la CSJN continuará decidiendo de la manera tan novedosa como lo viene haciendo en el caso. En particular, me pregunto si frente a la dificultad de decidir sobre la adjudicación de la responsabilidad, la CSJN también decidirá aplicar de manera heterodoxa las normas en la materia. En otras palabras, me pregunto si la CSJN también aplicará las reglas de CERCLA sobre responsabilidad ambiental para repetir los costos frente a los causantes del daño.

Asimismo, cabe preguntarse que pasaría si la CSJN decide adjudicar los costos de la remediación a todos los establecimientos radicados en la CMR. Por supuesto que semejante decisión no obligaría a responder exclusivamente al causante del daño, sino a todos los establecimientos. Esta solución podría parecer extraña. Sin embargo, una solución similar ya fue la adoptada por la CSJN cuando obligó a los Estados demandados a remediar el daño. En efecto, por esa decisión, los costos de la remediación, básicamente, están siendo soportados por los contribuyentes, y no por los causantes del daño.

Por último, también me pregunto si este caso podría ser utilizado como precedente en otros casos. Entiendo que la CSJN podría aplicar una solución similar en casos análogos. Pero cabe preguntarse si algún juez de primera instancia en un caso de daño ambiental colectivo podría ordenar al Estado remediar, y luego, indagar sobre la responsabilidad del causante del daño. Esta incógnita abriría un panorama muy diferente e interesante para los litigios ambientales en nuestro país.

VIII. Conclusión

Luego de la interposición de una demanda por parte de un grupo de ciudadanos, la CSJN decidió ordenar a los Estados demandados remediar la CMR. Además de esta extraordinaria decisión para mejorar el medio ambiente y la vida de millones de personas, la CSJN tomó otras decisiones que demuestran su compromiso con la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas (*accountability*).

La CSJN ha decidido este caso de una manera novedosa. Aplicando normas locales, ésta encontró una solución que es más bien parecida a normas foráneas. La decisión de mandar a remediar al Estado y luego decidir sobre la responsabilidad

de los causantes del daño, no es la manera de decidir de los jueces argentinos ni tampoco lo que manda explícitamente nuestra ley. Por eso, considero el caso Mendoza como extraordinario, fuera de lo común.

Como se explicó en este trabajo, la CSJN se vio compelida a decidir de esta manera. Debíó ser ingeniosa tanto en las decisiones substantivas como en las procedimentales. Con la finalidad de romper con el *status quo* y desatrincherar los arreglos institucionales fallidos, inmunes a las medidas políticas de corrección convencionales, las decisiones de la CSJN crearon un nuevo sistema legal para la CRM.

Además de contribuir a la efectiva vigencia del derecho constitucional a un ambiente sano, esta decisión fomentó la participación pública, la transparencia y la rendición de cuentas de los funcionario públicos. Sabel y Simon enseñan que los casos de interés público enriquecen la democracia.⁸⁷ Estos autores explican que en este tipo de casos, la principal contribución de los jueces es indicar públicamente que el *status quo* es ilegítimo y que no debe continuar.⁸⁸ En referencia al caso Mendoza, el propio juez Lorenzetti indicó que la función de la CSJN fue “hacer ruido”.⁸⁹ En efecto, la CSJN obligó al Estado a dar tratamiento a un tema que venía relegado hace años. La decisión logró su objetivo: declaró el *status quo* como ilegítimo y obligó a modificarlo.

La decisión de la CSJN, provocando la desestabilización de los derechos, causó la apertura de las instituciones públicas para la participación ciudadana. Esta desestabilización generó espacios para el aprendizaje y la cooperación.⁹⁰ Así, mediante la perturbación del atrincheramiento de las institucionales fallidas y el quiebre del *status quo*, la desestabilización de los derechos contribuyó a la generación de soluciones novedosas.⁹¹

Es dable destacar también el enfoque experimentalista aplicado por la CSJN. Al ordenar cumplir con ciertos objetivos generales, le dio a los Estados demandados la oportunidad de decidir sobre el diseño y la implementación del plan de saneamiento. Este enfoque permite un régimen que fomenta la revisación y la corrección permanente.

Frente a la obligación de expedirse en relación a la demanda iniciada por los ciudadanos, la CSJN decidió de la manera más racional posible, dadas las circunstancias del caso. La creación de nuevo sistema legal para la CMR era necesaria para constreñir a los Estados demandados a remediar el daño. Sin perjuicio

87. Sabel y Simon, *supra* nota 32, p. 1017.

88. *Ibid.*, p. 1056.

89. Percival, Robert V., “The Globalization of Environmental Law”, en: *Pace Environmental Law Review*, Vol. 26, Port Washington, Associated Faculty Press, 2009, p. 455.

90. Sabel y Simon, *supra* nota 32, p. 1100.

91. Karkkainen, *supra* nota 35, p. 902.

de ello, ahora también la CSJN enfrenta otro desafío: decidir sobre la responsabilidad individual de los causantes del daño ambiental.

La decisión de la CSJN demuestra un compromiso con el cuidado del medio ambiente y la salud de las personas. Sin embargo, esta decisión no se agota sólo en esos puntos, sino que también logró una mejora en la calidad de las instituciones democráticas y el Estado de Derecho. Aplicando algo similar a CERCLA, la CSJN dio el primer paso para la desatrincheramiento de fallidos entramados institucionales, para obtener el tan necesario saneamiento ambiental de la CMR.

IX. Bibliografía

Findley, Roger W., Farber, Daniel A. y Freeman, Jody, *Cases and Materials on Environmental Law*, American Casebooks Series, St. Paul, Thomson West, 6ta ed., 2003.

Karkkainen, Bradley C., “Information-forcing Environmental Regulation”, en: *Florida State University Law Review*, Vol. 33, Tallahassee, Florida State University College of Law, 2006.

Percival, Robert V. y otros, *Environmental regulation – Law, Science, and Policy*, Nueva York, Aspen Publishers, 6th ed., 2009, p. 394.

Percival, Robert V., “The Globalization of Environmental Law”, en: *Pace Environmental Law Review*, Vol. 26, Port Washington, Associated Faculty Press, 2009.

Sabel, Charles F. y Simon, William H., “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 117, Cambridge, Ma, Harvard Law Review Pub. Association, 2004.

Jurisprudencia citada

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 20/06/06, Fallos: 329:2316.

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, resolución del 30/08/06, Fallos: 329:3528.

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 22/08/07, Fallos: 330:3363.

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 08/07/08, Fallos: 331:1622.

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, decisión del 23/02/07, www.csjn.gov.ar.