

EL FRACKING EN ARGENTINA. UNA VISION JURIDICA *

THE FRACKING IN ARGENTINA. A LEGAL VIEW

Luis Fernando Castillo Argañarás**

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar la normativa aplicable a la extracción de hidrocarburos no convencionales por el mecanismo de fracking en Argentina. Metodológicamente se analizan en primer lugar las normas constitucionales involucradas y en segundo lugar, la legislación nacional pertinente. Se considera también la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias.

Palabras Claves: Fracking – hidrocarburos no convencionales- legislación argentina

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the normative applicable to the extraction of unconventional hydrocarbons by the mechanism of fracking in Argentina. Methodologically, first, the constitutional rules involved are analyzed and secondly, the relevant national legislation. It is also considered the distribution of powers between the Federal State and the provinces.

Keywords: Fracking - non-conventional hydrocarbons- Argentine legislation

* Artigo recebido em: 08.04.2017

Artigo aceito em 10.12.2017

** Doctor en Derecho (UBA) y Doctor en Ciencia Política (UB). Miembro de la carrera de investigador científico del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina e Investigador de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Profesor titular regular de Derecho Internacional Público (UADE). Argentina. E-mail: lcastillo@uade.edu.ar



INTRODUCCIÓN

La extracción de hidrocarburos mediante un mecanismo convencional es relativamente fácil con “perforaciones dirigidas directamente (por lo general, verticalmente) al reservorio”¹. Los depósitos de gas y petróleo no convencionales “no están ubicados en tramas geológicas, el depósito puede encontrarse desparramado en grandes extensiones o áreas geográficas”². Se considera que los principales yacimientos de hidrocarburos no convencionales en Argentina se encuentran en las formaciones de Vaca Muerta y Los Molles en la provincia de Neuquén. El primero con “más de 16.000 millones de barriles de petróleo y 308 tcf³ de shale gas, concentra prácticamente la mitad de las reservas técnicamente recuperables de Argentina”⁴.

En principio, los hidrocarburos de yacimientos no convencionales no se extraían, fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, por su alto costo; y en segundo lugar, por falta de tecnología adecuada. En la actualidad, se emplea la fractura hidráulica o estimulación hidráulica, también conocida como fracking.

El fracking “es un método utilizado para crear fracturas artificiales en la piedra donde se encuentra el reservorio, que se extiende desde el agujero del pozo en formación de roca o carbón”⁵. Así, “estas fracturas permiten que el petróleo o el gas contenido en la roca pueda migrar a través de los poros de la misma, hacia el pozo de producción”⁶. Se utiliza enormes cantidades de agua que vuelven a la superficie contaminados con los productos químicos que se emplearon. En ese sentido, se critica este método por considerarlo altamente contaminante.

La Republica Argentina no cuenta una legislación específica a nivel nacional que regule de manera particular la extracción de hidrocarburos por el mecanismo o método de fracturación hidráulica. Por este motivo, la exploración y explotación de hidrocarburos

¹ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017), p. 7.

² Ibidem, p. 13.

³ Trillones de pies cúbicos

⁴ BACCHETA, Victor L., “Geopolítica del fracking. Impactos y riesgos ambientales”. En Nueva Sociedad, 244, pp. 61 – 73. Marzo – Abril 2013. Disponible en http://nuso.org/media/articles/downloads/3928_1.pdf (última consulta 2 de Septiembre de 2017), p. 69.

⁵ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Op. cit., p. 16.

⁶ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Op. cit., p. 16.



por el mecanismo de fracking va a estar sujeto a las normas que rigen al ambiente en general y las que regulan la materia de hidrocarburos y minería en algunos casos.

El objetivo de este artículo es analizar la normativa aplicable a la extracción de hidrocarburos no convencionales por el mecanismo de fracking en Argentina. Metodológicamente se analizan en primer lugar las normas constitucionales involucradas y en segundo lugar, la legislación nacional pertinente. Se considera también la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias.

1 LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCION NACIONAL

Algunos autores como Guido Tawil señalan que “el abordaje jurídico del tema medioambiental en la Argentina reconoce un ‘antes’ y un ‘después’ delimitado por la reforma constitucional de 1994”⁷. Por ese motivo, el análisis del tema desde el punto de vista de la constitución será realizado teniendo en cuenta ese punto histórico en el Derecho Constitucional argentino.

1.1 ANTES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994

En esta etapa, existen diversas normas que se pueden aplicar al problema que analizamos. Desde lo preceptuado en el Preámbulo hasta diversas normas constitucionales que sirven para una exégesis del fenómeno ambiental.

El preámbulo de la Constitución señala que es establecida “para toda la posteridad”. Así, “los recursos naturales deben ser preservados, sobre todo los no renovables, para poder ser utilizados por las generaciones que nos sucederán. Hay todavía más, el mandato preambular, también está dirigido, obviamente en una interpretación dinámica de la constitución (...) al resguardo del medio ambiente”⁸.

⁷ ROSATTI, Horacio D., Derecho Ambiental Constitucional. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. 2004, p. 25.

⁸ SEISDEDOS, Felipe, “Constitución Nacional y Medio Ambiente”. En AA.VV, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994. Tomo I, pp. 1 – 558. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995, p .349.



REPATS

Se puede fundamentar en los Arts 14⁹ y 28¹⁰ de la Constitución. De estas disposiciones surge que en el orden constitucional argentino los derechos son relativos, no existen derechos absolutos. “Los derechos se ejercen conforme a ‘las leyes que reglamente su ejercicio’ (Arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional). La Corte Suprema tiene dicho desde hace mucho tiempo que reglamentar y limitar aparecen como sinónimos”¹¹. En ese orden de ideas, “La Corte Suprema ya en el siglo XIX in re ‘Saladeristas de Barracas’, asentó que nadie tiene un derecho irrevocablemente adquirido para conspirar contra la salud pública”¹². En ese sentido, “cuando el Art. 41 alude al derecho al ambiente sano como ‘derecho de todos los habitantes’ lo personaliza subjetivamente en cada uno, de modo análogo a como lo hacía ya el Art. 14 con los derechos allí enumerados”¹³.

El Art. 33 de la Constitución¹⁴ protege los derechos y garantías implícitos o no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es producto de la reforma de 1860.

“En la Convención del Estado de Buenos Aires – encargada del examen de la constitución federal - en ocasión de discutir el proyecto del artículo que nos ocupa, dijo Vélez Sarsfield ‘...Estos derechos son superiores a toda constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución, y para determinarlos de una manera general, el artículo de la reforma dice: ‘no solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales de los hombres o de los pueblos, aunque no estén enumerados en la constitución, se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo. Los hombres no solo tienen

⁹ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹⁰ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

¹¹ SEISDEDOS, Felipe, “Constitución Nacional y Medio Ambiente”. En AA.VV, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994. Tomo I, pp. 1 – 558. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995, p. 350.

¹² Idem.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada. Tomo II, EDIAR. Argentina. 2010, p. 84.

¹⁴ Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.



derechos que determina la Constitución, sino todos los derechos naturales aunque no se hallen consignados en la Constitución”¹⁵.

En ese orden de ideas, este artículo ha servido de base para “la protección del derecho de reunión, de los derechos de incidencia colectiva hasta la reforma de 1994, de la acción de amparo, del derecho a réplica, de la consulta popular no vinculante hasta la reforma de 1994¹⁶. Se ha señalado que “la ‘clausula baúl’ del Art. 33 de la Ley Fundamental, permitió concebir la existencia de un derecho subjetivo a un medio ambiente sano y equilibrado, un derecho a la salud”¹⁷.

1.2 A PARTIR DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994

Diversas reuniones internacionales que se sucedieron a partir de la década de 1970 evidenciaron la preocupación por la protección del ambiente. Así, con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (Estocolmo-1972) se “declaró, formalmente, el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo”¹⁸.

Esta tendencia a nivel internacional impactó en la Convención Constituyente de 1994. En esa oportunidad “se señaló la necesidad de armonizar la preservación del ambiente con los requerimientos de un desarrollo que provea fábricas y fuentes de trabajo a todo el país”¹⁹.

La norma rectora en la Constitución Nacional de Argentina, a partir de 1994, es el Art. 41²⁰ que incorpora esta regulación entre los nuevos derechos y “menciona, dentro

¹⁵ CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina Comentada, pp. 1 – 756, La Ley, Buenos Aires. 2011, p. 32-33.

¹⁶ Ibidem, p. 34

¹⁷ SEISDEDOS, Felipe, “Constitución Nacional y Medio Ambiente”. En AA.VV, Derecho Constitucional de la Reforma de 1994. Tomo I, pp. 1 – 558. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995, p. 350.

¹⁸ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. La Ley. Buenos Aires. 2015, p. 367.

¹⁹ Ibidem, p. 369.

²⁰ “Artículo 41.- 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.



de su impronta proteccionista, una heterogeneidad de temas, tales como la 'salud', el 'desarrollo humano', las 'actividades productivas', el 'daño', los 'recursos naturales', la 'biodiversidad', la 'información', la 'educación', los 'residuos radiactivos y peligrosos', etcétera²¹. No obstante, surge "la necesidad de definir qué se entiende por ambiente, por recursos naturales, y por diversidad biológica – desde que la Constitución Nacional menciona expresamente a cada uno de ellos en la norma"²².

"Es posible definir al *ambiente* como el conjunto de elementos naturales o transformados por la persona humana y creados por ella – la cultura, en suma- que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos. Los *recursos naturales* son los bienes de la naturaleza que aún no han sido modificados por la actividad de la persona humana y que esta emplea para su propia conservación y crecimiento. La *diversidad biológica o genética* se refiere a la pluralidad de organismos y sistemas vivos existentes en la naturaleza, y que enriquecen y preservan al conjunto en razón de su misma variedad. La protección de la diversidad biológica supone la conservación de las diferentes especies naturales a fin de evitar la denominada erosión biológica"²³.

La referencia al ambiente en el Art. 41 está de acuerdo con la forma en que la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente ha definido al "desarrollo sustentable". Así, desde 1987, en que la también llamada Comisión Bruntland publicó su Informe "Nuestro Futuro Común" y definió "Desarrollo Sustentable", el concepto pasó a integrar la agenda internacional. En ese sentido, se estableció que es "aquel que permite a la generación actual satisfacer sus necesidades sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus necesidades propias"²⁴.

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

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

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

²¹ ROSATTI, Horacio D., Derecho Ambiental Constitucional. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. 2004, p. 27.

²² GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. La Ley. Buenos Aires. 2015, p. 569.

²³ Idem.

²⁴ MERCADO, Alexis y CORDOVA, Karenia, "Desarrollo Sustentable - Industria: más controversias menos respuestas" en Ambiente & Sociedade – Vol. VII, N° 1, Jan/Jun- 2005, pp. 1- 25. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n1/a03v08n1.pdf> (última consulta 10 de Septiembre de 2017), p. 4.



REPATS

Al ambiente hay que considerarlo desde un punto de vista amplio. En ese orden de ideas, “no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los demás elementos que el hombre crea y que posibilitan la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos”²⁵. Así, ambiente sano –“alude al que facilita la instalación de las personas en un entorno favorable a su bienestar”²⁶, y por ambiente equilibrado, la Constitución se refiere “a la conjunción entre el entorno y las actividades que despliegan las personas, de forma que propenda al mismo bienestar y al desarrollo humano, sin deterioro para el ambiente”²⁷.

En efecto, existe una gran inquietud por proteger por proteger el ambiente de las actividades que llevan adelante los hombres y las empresas. Por ello, “a la necesidad de generar desarrollo económico para satisfacer las necesidades crecientes de los grupos humanos siguió, primero la preocupación y, luego, la alarma por los efectos nocivos que algunas formas de desarrollo producían sobre la naturaleza humana”²⁸.

Así, se incorpora en este artículo el concepto de desarrollo sostenible: “la promoción del desarrollo económico y la protección del medio ambiente no son desafíos independientes. Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea duradero, de manera que se puedan satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”²⁹.

El Art. 41 consagra “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”; pero también establece: “y tienen el deber de preservarlo”. Al *derecho* se le establece el correlativo *deber*.

“Para decirlo con otras palabras, se trata de un derecho irrenunciable. Una de las consecuencias que se siguen de esta conclusión radica en comprender que no es solo el Estado quien debe velar (y

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada. Tomo II, EDIAR. Argentina. 2010, p. 85.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. La Ley. Buenos Aires. 2015, p. 568.

²⁹ FRANZA, Jorge Atilio, Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 2010, p. 23.



responsabilizarse) por el medio ambiente sano, sino – en variadas pero efectivas maneras – todos y cada uno de sus habitantes”³⁰

En ese orden de ideas, “esta obligación constitucional que impone al Estado (nacional, provincial y municipal) es inexcusable, y los mismos deberán arbitrar las instituciones preventivas a cumplimentar la responsabilidad de que el Estado incurrirá de no atender debidamente la tutela global del ambiente”³¹.

2 DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO FEDERAL Y LAS PROVINCIAS

La República Argentina es un Estado Federal, por lo tanto “supone dos niveles de decisión (Estado central -. Estados miembros), el federalismo expresa siempre una dualidad y, por ende, la latencia de un conflicto reivindicativo de sus componentes”³². En este punto debemos distinguir el tema ambiental y el de regulación de la actividad de hidrocarburos.

2.1 EN MATERIA AMBIENTAL

Se tiene presente que el tercer párrafo del Art. 41 establece

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

³⁰ ROSATTI, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. 2004, p. 53.

³¹ FRANZA, Jorge Atilio, *Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 2010, p. 38.

³² ROSATTI, Horacio D., *Op. cit.*, p. 99.



En materia de ambiente la Reforma Constitucional de 1994 ha establecido una competencia concurrente entre el Estado Federal y las Provincias a luz del párrafo arriba transcrito. Recordemos que el Art. 121 de la Constitución Nacional de Argentina establece: “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...”

“Probablemente la intención de los constituyentes del '94 era dar a los gobiernos provinciales una función amplia en la protección del medio ambiente, en esto los constituyentes actuaron con una ostensible visión en defensa de los gobiernos provinciales. Sin embargo, en el tema de la regulación del medio ambiente existe la conveniencia de que esta sea efectuada por el Congreso. Incluyendo la necesidad de que existan agencias gubernamentales nacionales para la aplicación de las normas ambientales”³³. Así, “es especialmente importante legitimar la intervención del Estado en los asuntos ambientales, concediéndole algunas atribuciones básicas para este efecto”³⁴.

Por lo tanto, “corresponde a la Nación dictar los presupuestos mínimos en materia ambiental, mientras que las provincias pueden ampliar esta protección”³⁵. En ese sentido, se señaló que “la concertación previa es necesaria y no está mal que los presupuestos mínimos sean de competencia nacional y la legislación complementaria pertenezca a las provincias”³⁶.

2.2 EN MATERIA DE RECURSOS NATURALES

El Art.124 de la Constitución de Argentina establece que “...Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. De

³³ SOLA, Juan Vicente, Manual de Derecho Constitucional, La Ley, Argentina, 2010, p. 402.

³⁴

FRANZA, Jorge Atilio, Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 2010, p. 164.

³⁵ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017), p. 70.

³⁶ FRIAS, Pedro J., Cartilla para un Humanismo Ambiental. En AA.VV. Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión. Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 2001, p. 2.



REPATS

esta manera, la Constitución y la Convención Reformadora de 1994 han reconocido a las provincias el dominio originario de los recursos naturales en sus territorios. No obstante este reconocimiento, esto no significa “sustraer a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional (...). En tales condiciones, la Constitución ha reservado al Congreso Nacional la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y del aprovechamiento de los yacimientos de hidrocarburos”³⁷.

En consideración a este artículo constitucional y con base en el “Acuerdo Federal de los Hidrocarburos 2006” firmado por el Presidente de Argentina y los Gobernadores de las provincias de Jujuy, Formosa, Mendoza, Salta, Neuquén, La Pampa, Chubut, Rio Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur se sancionó la Ley 26197.

La Ley 26197 ratifica casi totalmente a la Ley 17319 de Hidrocarburos y “nada nuevo genera en torno al dominio y jurisdicción de los yacimientos de hidrocarburos porque, lo único que hace es reafirmar el principio que contiene el Art. 124 de la Constitución Nacional”³⁸.

Del texto legal, se pueden extraer los siguientes corolarios:

- “El diseño de las políticas energéticas a nivel federal continúa siendo responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional
- La relación entre las provincias y los sujetos del sector hidrocarburífero seguirá rigiéndose por la ley de hidrocarburos y su reglamentación, motivo por el cual, los Estados provinciales no podrán modificar aspectos sustanciales de aquella normativa
- Las provincias no podrán desconocer la sustancia de los derechos otorgados por el Estado Nacional sin violar los derechos adquiridos por los permisionarios, concesionarios o contratistas al amparo del Art. 17 de la Constitución Nacional.

³⁷ DE SIMONE, Orlando, El Dominio de los Hidrocarburos y la Ley 26197. En El Dial.Com. Citar DC1D68. Editorial Albrematica. Argentina. Publicado el 1 de Septiembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 2.

³⁸ Ibidem, p. 2.



- Las provincias asumen el ejercicio del dominio originario (declaración innecesaria) y la *administración* (no la jurisdicción) sobre los yacimientos de hidrocarburos.”³⁹.

Teniendo en consideración el Art. 41 de la Constitución Nacional, “se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de ‘presupuestos mínimos’ para la protección ambiental, los que deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales”⁴⁰.

“Ahora bien, la combinación de ambas disposiciones – Arts. 41 y 124 – nos induce a pensar que la delegación se efectuó bajo la condición de que su ejercicio no importará un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos. De otro modo no se entiende cual habría sido la intención del constituyente al establecer la cláusula de resguardo de la competencia provincial que importa el Art. 124 *in fine*”.⁴¹

3 LEGISLACION NACIONAL APLICABLE

A continuación se analizarán las leyes nacionales más relevantes aplicables al método de fractura hidráulica o fracking relativo a la extracción de hidrocarburos no convencionales en la República Argentina.

3.1 EL CODIGO DE MINERIA Y LA LEY 24. 585

El Código de Minería fue reformado por la Ley 24. 585, sancionada el 1 de noviembre de 1995. El objetivo de la modificación fue incorporar “la protección del ambiente y la

³⁹ DE SIMONE, Orlando, El Dominio de los Hidrocarburos y la Ley 26197. En El Dial.Com. Citar DC1D68. Editorial Albrematica. Argentina. Publicado el 1 de Septiembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 2.

⁴⁰ SABSAY, Daniel A. “El Nuevo Artículo 41 de la Constitución Nacional y la Distribución de Competencias Nación – Provincias”. En AA.VV. Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión. Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 2001, p. 62.

⁴¹ Ibidem, p. 2.



conservación del patrimonio natural y cultural, en el ámbito de la actividad minera”⁴². En ese sentido reforma el Art. 282 del Código de Minería, estableciendo:

La Ley tiene aplicación a las siguientes actividades: “prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en el Código de Minería, incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina” (Art. 4). Las personas que desarrollen estas actividades serán responsables de los daños ambientales que se generen por incumplimiento de la presente ley, ya sea que dicho daño se produzca por su propio accionar o por personas que se encuentren bajo su dependencia o contratistas o subcontratistas, o incluso que se produzca por el riesgo o vicio de la cosa (Art. 3).

En ese orden de ideas, los sujetos que desarrollen estas actividades están obligados a presentar ante la Autoridad de Aplicación, un Informe de Impacto Ambiental antes del inicio de cualquier actividad (Art. 6). La autoridad de aplicación evaluará el Informe de Impacto Ambiental y se pronunciará por la aprobación mediante una Declaración de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto o de implementación efectiva y la autoridad de aplicación se expedirá aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental en un plazo no mayor de sesenta (60) días hábiles desde que el interesado lo presente Arts. 7 y 9).

En relación al régimen de responsabilidad por daño ambiental, se establece que, sin perjuicio de sanciones penales o administrativas, “todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere” (Art.18).

En virtud del Art. 19, se establece expresamente que en el caso en que el accionar del infractor no esté comprendido dentro del ámbito de las responsabilidades penales, será sancionado con:

- a) Apercibimiento;
- b) Multas, las que serán establecidas por la Autoridad de Aplicación conforme las pautas dispuestas en el artículo 292 del Código de Minería;

⁴² TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017), p. 72.



- c) Suspensión del goce del Certificado de Calidad Ambiental de los productos;
- d) Reparación de los daños ambientales;
- e) Clausura temporal, la que será progresiva en los casos de reincidencia. En caso de tres (3) infracciones graves se procederá al cierre definitivo del establecimiento;
- f) Inhabilitación.

3.2 LEY 25.675. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

La Ley 25.675 titulada: “Política Ambiental Nacional. Presupuestos Mínimos Para Una Gestión Sustentable” fue sancionada el 6 de Noviembre de 2002.⁴³ El bien jurídicamente protegido conforme al Art. 1 es establecer “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”. En ese sentido, procura regular “los presupuestos mínimos de protección establecidos por el Art. 41 de la Constitución Nacional, profundizar y detallar el deber de tutela al que hace referencia la Carta Magna (incluyendo instrumentos de política y gestión ambiental)”⁴⁴.

En el Art. 4, establece los principios básicos en materia ambiental mediante los cuales debe interpretarse y aplicarse la ley y cualquier norma a través de la cual se lleve a cabo la política ambiental. Ellos son:

“Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

⁴³ Publicada en Boletín Oficial el 28 de Noviembre de 2002. Texto completo disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=79980> (última consulta 23 de Septiembre de 2017)

⁴⁴ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017), p. 71.



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.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

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

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, 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.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta. (Art. 4)



NEPATS

Estos principios de derecho ambiental “representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con las características de que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente.”⁴⁵. En relación al fracking, cobra importancia el principio de sustentabilidad, si bien todos son importantes.

“Principio de sustentabilidad, con base directa en la Constitución Nacional en tanto el Art. 41, consagra el derecho ambiental, “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de la generaciones futuras”, adoptando la fórmula de Brundtland, acorde a la idea de desarrollo sustentable, sostenible, sostenido o duradero, elaborada para el informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, denominado “Nuestro futuro común” y que fuera aprobado por las Naciones Unidas en 1998”⁴⁶.

La presente ley en su Art. 11 establece que es necesaria la realización de una evaluación de impacto ambiental como paso previo a la ejecución, de toda obra o actividad que en el territorio de la Nación sea capaz de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa.⁴⁷ La evaluación de impacto ambiental puede ser definida como un “proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática, cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente”⁴⁸. Esta evaluación debe ser realiza de manera previa a que el funcionario o autoridad competente adopte o no una decisión.

⁴⁵ CAFFERATTA, Néstor A, “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada” en DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003. Disponible en http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/LEY_GENERAL_DEL_AMBIENTE_COMENTADA_POR_Cafferatta_Ne-%CC%81stor_A..pdf (última consulta 22 de septiembre de 2017), p. 4.

⁴⁶ Ibidem, p. 6.

⁴⁷ ARTICULO 11. — “Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”

⁴⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1995, p. 101.



En el Art. 12 de la ley bajo análisis, se establece el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y establece:

“Las personas físicas o jurídicas darán inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Las autoridades competentes determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados”

Analizando este artículo, se observa que “aparecen reguladas diversas instituciones del derecho ambiental, que aunque similares y vinculadas a una misma causa, presentan caracteres diferentes, y denominaciones distintas”⁴⁹.

“El Estudio de Impacto Ambiental (reporte escrito), la Evaluación de Impacto Ambiental (procedimiento tendiente a la valoración integral de los impactos) y la Declaración de Impacto Ambiental (acto final de la autoridad, mediante el cual se otorga la autorización para la ejecución de la actividad, se niega la autorización, o se permite la realización de la actividad de manera condicionada a su modificación)”⁵⁰.

De acuerdo al Art. 13⁵¹ el estudio de impacto ambiental debe contener tres aspectos como mínimo. En ese orden de ideas, ellos son: “una descripción detallada del proyecto (“descripción actividad”), la identificación de las consecuencias sobre el

⁴⁹ CAFFERATTA, Néstor A, “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada” en DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003. Disponible en http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/LEY_GENERAL_DEL_AMBIENTE_COMENTADA_POR_Cafferatta_Ne-%CC%81stor_A..pdf (última consulta 22 de septiembre de 2017), p. 13.

⁵⁰ Ibidem , p. 13.

⁵¹ ARTICULO 13. — Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.



ambientales ("consecuencias ambientales"), y las acciones destinadas a mitigar ("acciones mitigatorias")⁵².

La participación ciudadana debe garantizarse en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto con derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general. Goza, también, del derecho de participar en procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes (Arts. 19 y 20).

El régimen de responsabilidad por incumplimiento de la Ley 25. 675 está regulado en los Arts. 27 a 33 bajo el título de "Daño ambiental". Establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva.

En este orden, considera que el que cause un daño ambiental es objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder"⁵³.

3.3 LEY 26. 197 DE HIDROCARBUROS

⁵² CAFFERATTA, Néstor A, "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada" en DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003. Disponible en http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/LEY_GENERAL_DEL_AMBIENTE_COMENTADA_POR_Cafferatta_Ne-%CC%81stor_A..pdf (última consulta 22 de septiembre de 2017), p. 13.

⁵³ TAILLANT, A., et al, Fracking Argentina. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017), p. 71.



La Ley 26.197 de Hidrocarburos fue sancionada el 6 de diciembre de 2006.⁵⁴ Sustituye el Art. 1 de la Ley 17.319 y establece que los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de Argentina y en su plataforma continental pertenecen en forma inalienable e imprescriptible al patrimonio del Estado Nacional o de las Provincias, conforme el sitio donde se encuentren.

En el Art. 1 establece los siguientes criterios para determinar la propiedad:

“Pertenece al Estado nacional los yacimientos de hidrocarburos que se hallaren a partir de las DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23.968, hasta el límite exterior de la plataforma continental.

Pertenece a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23.968.

Pertenece a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio.

Pertenece a la provincia de Buenos Aires o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda a sus respectivas jurisdicciones, los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el lecho y el subsuelo del Río de la Plata, desde la costa hasta una distancia máxima de DOCE (12) millas marinas que no supere la línea establecida en el artículo 41 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo y de conformidad con las normas establecidas en el Capítulo VII de ese instrumento.

Pertenece a la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aquellos yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23.968, respetando lo establecido en el Acta Acuerdo suscrita, con fecha 8 de noviembre de 1994, entre la referida provincia y la provincia de Santa Cruz.”

⁵⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 5 de enero de 2007. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123780/norma.htm> (última consulta 25 de Septiembre de 2017).



Establece que las Provincias como Autoridad de Aplicación (Art. 6), ejercerán las actividades de funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia, otorgándole entre otras, las facultades de:

- ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización de los referidos permisos y concesiones, y de cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional;
- exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información, y pago de cánones y regalías;
- disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales;
- aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley N° 17.319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos).

3.4 LEY 26.741 DE YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES. AUTOABASTECIMIENTO DE HIDROCARBUROS

El lunes 16 de Abril de 2012, la ex Presidente de Argentina, pronunció un discurso anunciando el ingreso al Honorable Senado de la Nación del proyecto de ley de expropiación del 51 % de REPSOL- YPF señalando que este acto “es precisamente la recuperación de la soberanía hidrocarburífera de la República Argentina. Realmente somos el único país de Latinoamérica -y yo diría casi del mundo- que no maneja sus recursos naturales. Pero hubo motivos más fuertes aún para tomar esta decisión”,⁵⁵ y agregó “Quiero que quede bien claro, es la primera vez en 17 años que la República Argentina tiene que

⁵⁵ FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina, Discurso de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, Acto de Anuncio del Envío al Congreso del Proyecto de Ley de Expropiación de YPF. Lunes 16 de Abril de 2012. Disponible en el sitio web de la Casa Rosada: <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/25810-anuncio-del-proyecto-de-ley-de-expropiacion-de-ypf-discurso-de-la-presidenta-de-la-nacion> (última consulta: 14 de Agosto de 2017).



importar gas y petróleo y que esto nos significa un pasivo hidrocarburífero, por primera vez en la historia, de más de 3.000 millones de dólares”⁵⁶.

El proyecto de ley ingresó al Honorable Senado de la Nación mediante Mensaje N° 529/12 “Proyecto de Ley Declarando de Utilidad Pública y Sujeto a Expropiación el 51% del Patrimonio de YPF S.A., Representado por Igual Porcentaje de las Acciones Clase D de Dicha Empresa, Pertenecientes a Repsol YPF S.A, Sus Controlantes o Controladas, en Forma Directa e Indirecta” (Expediente 27/12). Finalmente se aprobó como Ley 26. 741, sancionada el 3 de mayo de 2012.⁵⁷

En el Art. 7 establece “declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por el sesenta por ciento (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A., sus controlantes o controladas”. Las acciones sujetas a expropiación fueron distribuidas de la siguiente manera: el 51 % pasaron a manos del Estado Nacional y el 49 % restante se distribuyó entre las Provincias que integran la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (Art. 8).

La Ley crea el Consejo Federal de Hidrocarburos en el Título II. Establece que sus funciones son:⁵⁸

- Promover la actuación coordinada del Estado Nacional y los Estados provinciales, a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- Expedirse sobre toda otra cuestión vinculada al cumplimiento de los objetivos de la presente ley y a la fijación de la política hidrocarburífera de

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina, Discurso de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, Acto de Anuncio del Envío al Congreso del Proyecto de Ley de Expropiación de YPF. Lunes 16 de Abril de 2012. Disponible en el sitio web de la Casa Rosada: <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/25810-anuncio-del-proyecto-de-ley-de-expropiacion-de-ypf-discurso-de-la-presidenta-de-la-nacion> (última consulta: 14 de Agosto de 2017).

⁵⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 7 de mayo de 2012. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=196894> (última consulta 12 de agosto de 2017).

⁵⁸ Art. 5



la República Argentina, que el Poder Ejecutivo Nacional someta a su consideración.

La trastienda de la expropiación también puede verse en la magnitud de las reservas de hidrocarburos no convencional del yacimiento de Vaca Muerta cuya concesión estaba en manos de REPSOL.

“Un informe de la consultora Ryder Scott, de febrero de 2012, encargado por Repsol cuando controlaba YPF, las reservas de Vaca Muerta eran de 22.837 millones de barriles de petróleo en un área de 8.071 km², de los cuales YPF tenía más de 5.000 km². Hoy, según YPF, en Vaca Muerta hay 117 trillones de pies cúbicos de gas y 40.000 millones de barriles de petróleo, lo que multiplicaría por 10 las reservas argentinas” (MALAMUD, 2013, p. 1).

3.5 LEY 27. 007 DE HIDROCARBUROS MODIFICATORIA DE LA LEY 17.319

El Honorable Congreso de la Nación sancionó la Ley 27.007 de Hidrocarburos el 29 de Octubre de 2014.⁵⁹ Realiza una modificación sustancial a la Ley 17.319 de Hidrocarburos.

Sobre esta ley, se ha señalado que “es el resultado de un acuerdo entre el Gobierno Nacional y la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI) y representa la reforma más extensa a la Ley de Hidrocarburos desde 1967”⁶⁰.

Esta ley incorpora, mediante la modificación al Art. 27 de la Ley 17. 319, un nuevo tipo de concesión de explotación: la Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos (Art. 4 de la Ley 27.007). Incorpora el Art.27 bis a la Ley 17. 319, donde se define a la “explotación no convencional de hidrocarburos” como “la extracción de hidrocarburos líquidos y/o gaseosos mediante técnicas de estimulación no convencionales

⁵⁹ Publicada en el Boletín Oficial el 31 de Octubre de 2014. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/237401/norma.htm> (última consulta realizada el 15 de Agosto de 2017).

⁶⁰ LANARDONNE, Tomás y MÁCULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos”. En El Dial.Com. Citar DC1E8C. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 19 de Septiembre de 2015 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 1.



aplicadas en yacimientos ubicados en formaciones geológicas de rocas esquisto o pizarra (shale gas o shale oil), areniscas compactas (tight sands, tight gas, tight oil), capas de carbón (coal bed methane) y/o caracterizados, en general, por la presencia de rocas de baja permeabilidad” (Art. 5 de la Ley 27.007). Aunque a rigor de verdad, la Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos (en adelante CENCH) fue introducida previamente por Decreto 629/2013 que creó el “Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos”. No obstante, la Ley 27. 007 “busca darle status legal a la CENCH e introducir algunas modificaciones a la figura”⁶¹.

Pueden acceder a una concesión de explotación no convencional de hidrocarburos, no solo los sujetos que sean titulares de un permiso de exploración, sino también los titulares de una concesión de explotación, quienes podrán requerir la subdivisión del área de su concesión en nuevas áreas de explotación no convencional de hidrocarburos, solicitando el otorgamiento de una nueva CENCH. Esta solicitud deberá estar fundada en el desarrollo de un plan piloto que, de acuerdo con criterios técnico – económicos aceptables, tenga por objeto la explotación comercial del yacimiento descubierto. (Art. 27 y 27 bis de la Ley 17.319 modificado por los Arts. 4 y 5 de la Ley 27.007).

El Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, según corresponda, otorgará Concesiones de Explotación No Convencionales de Hidrocarburos de acuerdo a los Arts. 27 y 27 bis. (Art. 29 de la ley 17.319 con la modificación de la Ley 27.007). La CENCH tiene un plazo de 35 años e incluye un período de plan piloto de hasta 5 años, a ser definido por el concesionario y aprobado por la autoridad de aplicación al momento de iniciarse la concesión. La CENCH tiene un plazo de 10 años más amplio que la concesión de explotación convencional. (Art. 35 de la ley 17.319 con modificación del Art. 9 de la Ley 27.007). El plazo de explotación en la plataforma continental y mar territorial se establece en 30 años (Art. 35 de la ley 17.319 con modificación del Art. 9 de la Ley 27.007).

Se tiene derecho a solicitar más de una prórroga de 10 años cada una, sin límites en cuanto a su cantidad y se sumaron dos requisitos para solicitar prórrogas. Ellos son: 1) estar produciendo hidrocarburos en las áreas en cuestión, y 2) presentar un plan de inversiones consistente con el desarrollo de la concesión. Así, podrán solicitar prórrogas por un plazo de diez (10) años de duración cada una de ellas (Art. 35 de la ley 17.319 con modificación del Art. 9 de la Ley 27.007). Se puede señalar que “aún con el texto anterior

⁶¹ RUEDA, Pablo, LANARDONNE, Tomás y MACULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos”. En El Dial.Com. Citar DC1E55. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 12 de Diciembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 2.



de la Ley de Hidrocarburos, las provincias ya estaban exigiendo planes de inversión como condición del otorgamiento de prórrogas”⁶².

Las diferencias fundamentales entre el régimen de la Ley 27.009 y el Decreto 929/2013 en materia de CENCH, son:

“-Bajo el régimen del Decreto 929, para poder acceder a una CENCH es necesario (i) ser titular de una concesión de explotación convencional (en adelante ‘CE’), y (ii) haber sido incluido en el Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos creado por el Decreto 929 (el ‘Régimen de Promoción’).

-En cambio, la Ley 27.007 regula la CENCH como una nueva especie de concesión a la que puede acceder cualquier sujeto que sea titular de (i) un permiso de exploración, o (ii) una CE, esté o no incluido en el Régimen de Promoción.

-Bajo el régimen del Decreto 929, el plazo de la CENCH es de veinticinco años, ‘al que se podrá adicionar en forma anticipada y simultánea (...) la extensión del plazo de (10) años (...), bajo la condición de efectivo cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la legislación hidrocarburífera para los concesionarios de la explotación.

-En la Ley 27.007, el plazo de duración de la CENCH es directamente de treinta y cinco (35) años, sin necesidad de acudir al mecanismo de la prórroga anticipada”⁶³

Por otro lado, hay aspectos que son comunes al Decreto 929/2013 y a la Ley 27.007. Ellos son:

“-La posibilidad de unificar, como única CENCH, la CENCH y una concesión de explotación adyacente y preexistente a la CENCH, siempre que se demuestre fehacientemente la ‘continuidad geológica de las áreas’.

⁶² LANARDONNE, Tomás y MÁCULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos”. En El Dial.Com. Citar DC1E8C. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 19 de Septiembre de 2015 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 3.

⁶³ RUEDA, Pablo, LANARDONNE, Tomás y MACULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos”. En El Dial.Com. Citar DC1E55. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 12 de Diciembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 4-5.



La Ley 27.007 agregó otro requisito que no estaba contemplado en el Decreto 929, para que proceda la unificación, i.e., 'la solicitud deberá estar fundada en el desarrollo de un 'plan piloto'.

-La facultad del titular de una CENCH de desarrollar actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos dentro del perímetro de la CENCH. Tanto el Decreto 929 como la Ley 27.007 disponen: 'queda establecido que la nueva Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos deberá tener como objetivo principal la Explotación No Convencional de Hidrocarburos. No obstante ello, el titular de la misma podrá desarrollar actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto en el Art. 30 y concordantes de la ley de hidrocarburos⁶⁴⁶⁵

CONCLUSIONES

La explotación de hidrocarburos no convencionales por el mecanismo de fracking o fractura hidráulica involucra riesgos ambientales y de contaminación. Si bien, a partir del Decreto 929/2013 y Ley 27.007 de 2014 aparecen las concesiones de explotación de hidrocarburos no convencionales, estas normas no regulan específicamente la metodología de explotación.

En ese orden de ideas, analizamos las normas más relevantes a nivel nacional en Argentina desde la Constitución Nacional a la Ley 27.007 de Hidrocarburos que modificó a la antigua Ley 17.319 de la misma materia.

En relación a la Constitución Nacional con la reforma de 1994 se adapta a la tendencia internacional de armonizar la preservación del ambiente con los requerimientos del progreso y desarrollo. La norma rectora es el Art. 41 receptando el concepto de "Desarrollo Sustentable". Se consagra el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras. El Estado tiene la obligación o el deber de arbitrar los mecanismos necesarios para tutelar de manera global el ambiente.

⁶⁴ Art. 16 del Decreto 929, y Art. 5, cuarto párrafo de la Ley 27.007.

⁶⁵ RUEDA, Pablo, LANARDONNE, Tomás y MACULUS, Alex, "La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos". En El Dial.Com. Citar DC1E55. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 12 de Diciembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017), p. 5.



Por otro lado, Argentina está organizada como Estado Federal, y en ese orden de ideas, hay dos niveles de decisión (Estado Federal y Provincias) y la Constitución Nacional distingue según el tema sea ambiental o de recursos naturales en cuanto a competencias. En materia ambiental, a la luz de los Arts. 41 y 121, corresponde a la Nación dictar una legislación con **presupuestos mínimos en materia ambiental**, mientras que las provincias pueden ampliar esta protección (siendo necesaria una previa concertación). En materia de recursos naturales, la Constitución y la Convención Reformadora de 1994 han reconocido a las provincias el dominio originario de los recursos naturales en sus territorios, pero la Constitución ha reservado al Congreso Nacional la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y del aprovechamiento de los yacimientos de hidrocarburos.

De la combinación de los Arts. 41 y 124 se evidencia una delegación a favor del Estado Federal para determinar los presupuestos mínimos para la protección ambiental que deben aplicarse necesariamente en consideración al uso de los recursos naturales, sin que ello importe un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos.

Desde el punto de vista de la legislación nacional, se considera en primer lugar a la Ley 24. 585 que modificó el Código de Minería. Mediante esta ley se procura lograr “la protección del ambiente y la conservación del patrimonio natural y cultural, en el ámbito de la actividad minera”. Esta ley establece la obligatoriedad de presentar, ante la Autoridad de Aplicación, un *Informe de Impacto Ambiental* antes del inicio de cualquier actividad; ya sea de “prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en el Código de Minería, incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina”. Establece de manera clara y precisa que las personas que desarrollen estas actividades serán responsables de los daños ambientales que se generen por incumplimiento de la presente ley.

La Ley 25.675, conocida como Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales, procura dar una respuesta al Art. 41 de la Constitución Nacional. En relación al fracking, sin perjuicio de los principios establecidos en la misma, cobra importancia el de “sustentabilidad”, que conforme la ley “el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”. También es importante en consideración al método de fractura hidráulica la realización de una *evaluación de impacto ambiental* como paso previo a la ejecución, de toda obra o actividad que en el territorio de la Nación sea capaz de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa. Regula de manera precisa el procedimiento del informe sobre la evaluación de impacto ambiental. Es importante destacar que considera que el que



cause un daño ambiental es objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, se fijara una indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente.

La Ley 26.741 declara de utilidad pública y sujeta a expropiación el 51 % de REPSOL YPF S.A. En la trastienda de esta expropiación, entre otras, puede verse la magnitud de las reservas de hidrocarburos no convencional del yacimiento de Vaca Muerta cuya concesión estaba en manos de REPSOL.

Finalmente, ni la Ley 27.007 de Hidrocarburos (que modifica a la tradicional Ley 17.319 de 1967), ni el Decreto 629/2013 que introducen la Concesión de Explotación No Convencionales de Hidrocarburos establecen una regulación sobre el método de explotación.

De acuerdo a lo analizado anteriormente, cobra importancia (además del Art. 41 de la Constitución Nacional) la Ley 24.585 (modificatoria del Código de Minería) y la Ley 25.675 de Presupuestos Mínimos Ambientales donde la evaluación del impacto ambiental es requerido. Debemos trabajar para una adecuada regulación jurídica de la técnica de fractura hidráulica para lograr un desarrollo sostenible conforme fue establecido en la Carta Magna y lograr una ley de presupuestos mínimos ambientales para la explotación de hidrocarburos no convencionales.

BIBLIOGRAFIA

BACCHETA, Víctor L., "Geopolítica del fracking. Impactos y riesgos ambientales". En Nueva Sociedad, 244, pp. 61 – 73. Marzo – Abril 2013. Disponible en http://nuso.org/media/articles/downloads/3928_1.pdf (última consulta 2 de Septiembre de 2017).

BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada. Tomo II, EDIAR. Argentina. 2010

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1995

CAFFERATTA, Néstor A, "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada" en DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003. Disponible en <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp->



content/uploads/2015/12/LEY_GENERAL_DEL_AMBIENTE_COMENTADA_POR_Caffera
tta_Ne-%CC%81stor_A..pdf (última consulta 22 de septiembre de 2017)

CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina Comentada, pp. 1 – 756, La Ley,
Buenos Aires. 2011

DE SIMONE, Orlando, El Dominio de los Hidrocarburos y la Ley 26197. En El Dial.Com.
Citar DC1D68. Editorial Albrematica. Argentina. Publicado el 1 de Septiembre de 2014
Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre
de 2017).

FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina, Discurso de la Presidenta de la Nación, Cristina
Fernández de Kirchner, Acto de Anuncio del Envío al Congreso del Proyecto de Ley de
Expropiación de YPF. Lunes 16 de Abril de 2012. Disponible en el sitio web de la Casa
Rosada: [http://www.casarosada.gov.ar/informacion/discursos/25810-anuncio-del-
proyecto-de-ley-de-expropiacion-de-ypf-discurso-de-la-presidenta-de-la-nacion](http://www.casarosada.gov.ar/informacion/discursos/25810-anuncio-del-proyecto-de-ley-de-expropiacion-de-ypf-discurso-de-la-presidenta-de-la-nacion) (última
consulta: 14 de Agosto de 2017).

FRANZA, Jorge Atilio, Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del
Medio Ambiente. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. 2010

FRIAS, Pedro J., Cartilla para un Humanismo Ambiental. En AA.VV. Humanismo Ambiental.
Terceras Jornadas de Reflexión. Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba.
Argentina. 2001

GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. La
Ley. Buenos Aires. 2015

LANARDONNE, Tomás y MÁCULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de
Hidrocarburos”. En El Dial.Com. Citar DC1E8C. Editorial Albremática. Argentina. Publicado
el 19 de Septiembre de 2015 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última
consulta 15 de Septiembre de 2017).

MALAMUD, Carlos, El pacto YPF-Chevron sobre Vaca Muerta y la peculiar deriva de la
“soberanía energética” Argentina. En Comentario Elcano 48/2013. España. Real Instituto
Elcano. Recuperado en
[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/db044000409f9bb7abd6eb906ffb1a66
/Comentario-Malamud-pacto-YPF-Chevron-vaca-muerta-soberania-energetica-
Argentina.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=db044000409f9bb7abd6eb906ffb1a66](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/db044000409f9bb7abd6eb906ffb1a66/Comentario-Malamud-pacto-YPF-Chevron-vaca-muerta-soberania-energetica-Argentina.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=db044000409f9bb7abd6eb906ffb1a66)
(última consulta 14 de Agosto de 2017).



MERCADO, Alexis y CORDOVA, Karenia, “Desarrollo Sustentable - Industria: más controversias menos respuestas” en *Ambiente & Sociedade* – Vol. VII, N° 1, Jan/Jun- 2005, pp. 1- 25. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n1/a03v08n1.pdf> (última consulta 10 de Septiembre de 2017).

ROSATTI, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. 2004

RUEDA, Pablo, LANARDONNE, Tomás y MACULUS, Alex, “La Reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos”. En *El Dial.Com*. Citar DC1E55. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 12 de Diciembre de 2014 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017).

SABSAY, Daniel A. “El Nuevo Artículo 41 de la Constitución Nacional y la Distribución de Competencias Nación – Provincias”. En AA.VV. *Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión*. Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 2001.

SEISDEDOS, Felipe, “Constitución Nacional y Medio Ambiente”. En AA.VV, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. Tomo I, pp. 1 – 558. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995

SOLA, Juan Vicente, *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Argentina, 2010

TAILLANT, A., et al, *Fracking Argentina*. Informe técnico y legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina. Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE. Córdoba – Argentina. 2013. Disponible en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf> (última consulta: 15 de septiembre de 2017).

VALLS, Mario, “El Yacimiento de esquisitos de Vaca Muerta genera un aluvión de litigios” en *El Dial.Com*. Citar DC1B37. Editorial Albremática. Argentina. Publicado el 3 de Septiembre de 2013 Disponible en <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp> (última consulta 15 de Septiembre de 2017).

