



ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“Deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela ambiental precautoria regulada por el artículo 4 de la ley 25675.”

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

JOSÉ ALBERTO AGÜERO

2016

Agradecimientos y dedicatorias

Agradezco al Padre, al Hijo, al Espíritu Santo y a San Expedito por su intercesión, a mi familia grande, a mi Madre María Angélica, que a pesar de los años nunca dejó de creer en mí, a mi Padre “El Negro” que partió a los brazos de Dios y siempre está a mi lado, a mis hermanas, a mis sobrinos y cuñados, a mis tíos y primos, a mi suegra Antonia.

Agradezco a mi familia chica, a mi Esposa Claudia, a Gabriela y mi nieto Valentino, a Agustín y mi nieto Benicio, a Facundo, a Nicolás, a María Luz y a Juan, ellos fueron testigos cercanos del sacrificio hecho en la búsqueda del Título Universitario y la creación de la presente Tesis de Grado. Muchas fueron las horas que dejamos de compartir, más creo que el objetivo se justifica por sí mismo. Abunda decir que los amo con todo mi corazón.

Agradezco a los modernos sistemas de estudio que hacen posible que personas de mi edad y con las típicas obligaciones familiares y laborales puedan soñar con alcanzar un título universitario que con voluntad y perseverancia se convierte en una hermosa realidad.

Agradezco a la Universidad Siglo 21 que me otorgó Becas Económicas debido a mis calificaciones, que me ayudaron a continuar. También por las innumerables llamadas telefónicas y encuestas personales interesados por mi situación como estudiante y ser humano.

Agradezco a mis Tutoras y Tutores, siempre encontré en ellos las palabras que iluminaron los momentos difíciles de ignorancia e incomprensión.

Agradezco a todas las personas del CAU Santa Bárbara de la Ciudad de Concepción porque ellos, además de cumplir con sus tareas, me brindaron su amistad y acompañamiento.

Agradezco a mis compañeros, a los que conozco en persona y a los que encontré o nos encontramos por medio de las modernas redes sociales, porque nos supimos apoyar en este viaje académico sin condiciones preexistentes.

Agradezco a mis amigas y amigos de la vida, siempre encontré en ellos palabras de aliento y perseverancia.

Dedico este Trabajo Final de Graduación a todos los que creyeron en mí, también a los que dudaron y aún a los que no creyeron, porque nunca es tarde para cambiar una historia, lo importante es mantener la pasión en su máxima expresión y nunca rendirse ante la adversidad.

Resumen.

Existen deficiencias procesales para la solicitud y aplicación del principio de precaución que regula el artículo 4 de la ley 25675, en primer lugar en virtud de la ausencia de regulación, en nuestro régimen vigente, de vías procesales específicamente precautorias, y en segundo lugar debido a la imposibilidad de aplicar las vías procesales preventivas (frecuentemente utilizadas para la tutela precautoria) y el posible rechazo de estas últimas, dadas las diferencias que existen entre ambos principios. De allí que, en el presente trabajo se propone, a los fines de garantizar la tutela precautoria del ambiente, que (al igual que lo sucedido con la tutela preventiva) el Código Civil y Comercial regule una acción específicamente precautoria que se adecue a las características de dicha tutela.

Palabras claves.

Ley 25675. Principio de prevención. Principio de precaución. Vías procesales de solicitud y aplicación. Deficiencias procesales. Regulación legal.

Abstract.

There are procedural deficiencies to the application and implementation of the precautionary principle governed by Article 4 of Law 25675, first under the absence of regulation, in our current system , specifically precautionary procedural means , and secondly because the impossibility of applying preventive procedural avenues (often used for precautionary protection) and the possible rejection of the latter , given the differences between the two principles . Hence, in the present work it is proposed in order to ensure the precautionary protection of the environment, which (like what happened to preventive custody) the Civil and Commercial Code regulates a specific precautionary action that fits the characteristics of such protection .

Key words.

Law 25675. Prevention principle. Precautionary principle. Procedural means of application and application. Procedural deficiencies. Legal regulations.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	17
TUTELA DEL AMBIENTE.....	17
1. Introducción.	19
2. El ambiente y la preocupación por su protección efectiva.....	19
3. Tutela Constitucional.	20
3. 1. Derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Deber de preservación.	21
3. 2. Desarrollo sustentable.	23
3. 3. Obligación de recomposición.....	24
3. 4. Reparto de competencias en materia ambiental.	26
3. 4. a. Presupuestos mínimos de protección ambiental.....	26
3. 4. b. Jurisdicción competente.....	28
4. Ley General de Ambiente 25675.	30
4.1. Principios de la política ambiental.	31
4. 2. Principio de prevención.	34
5. Conclusión parcial.	38
CAPÍTULO II.....	41
PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	41
1. Introducción.	43
2. Concepto.	43
3. Origen y desarrollo.....	44
4. Antecedentes normativos.	46
5. Requisitos de aplicación.....	48
5.1. Existencia de un riesgo.	48
5.2. Incertidumbre científica.	48
5.2. a. Diferencia con el principio preventivo.	49
5. 3. Evaluación científica del riesgo	50
5. 4. Gravedad e irreversibilidad del daño.	52
6. Caracteres de la medida precautoria.	54
7. Inversión de la carga probatoria.....	59
8. Conclusión parcial.	60

CAPÍTULO III.....	63
DEFICIENCIAS PROCESALES PARA LA SOLICITUD Y APLICACIÓN DE LA TUTELA PRECAUTORIA DEL AMBIENTE.....	63
1. Introducción.....	65
2. Vías procesales preventivas utilizadas para la tutela precautoria.....	65
2. 1. Acción de amparo.....	65
2.1. a. Requisitos de admisibilidad.....	66
2.1. a. i. Flexibilización jurisprudencial en materia de tutela precautoria. Amparo.....	69
2. 2. Medidas cautelares.....	71
2. 2. a. Requisitos de admisibilidad.....	72
3. Flexibilización jurisprudencial en materia de tutela precautoria. Medidas cautelares.....	73
4. Otras vías procesales susceptibles de ser aplicadas para la tutela precautoria del ambiente.....	74
5. Deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela precautoria del ambiente. Necesidad de regulación de vías procesales específicamente precautorias.....	76
6. Conclusión parcial.....	80
CONCLUSIÓN FINAL.....	81
Bibliografía.....	87
Legislación.....	92
Jurisprudencia.....	92
AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR.....	95
TESIS DE POSGRADO O GRADO.....	95
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21.....	95

RESUMEN

La función esencial del derecho de daños fue tradicionalmente la resarcitoria, generando la obligación de reparar el daño injustamente causado. Sin embargo, dicha función dejó de ser en la actualidad exclusiva, frente al surgimiento de la función preventiva, cuya importancia se pone de manifiesto ante la evidencia de que la prevención del daño se presenta siempre como preferible frente a su reparación. Esta relevancia de la prevención se ve plasmada en el Código Civil y Comercial de la nación vigente, que la incorpora expresamente como nueva función del derecho de daños.¹

En materia ambiental, (en donde la prevención adquiere especial relevancia, dada la dificultad que existe para revertir al ambiente dañado a su estado anterior) la función preventiva se incorpora a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, en cuanto introduce, a la par del derecho de todo habitante de la nación a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, el deber correlativo de los mismos, de preservarlo. Asimismo, desde el punto de vista procesal, la referida reforma incorpora la tutela preventiva en materia ambiental, a través de la acción de amparo, que habilita a interponer“... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma... inminente... amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos... que protegen al ambiente”.

Por otro lado, teniendo en cuenta la facultad que la Constitución Nacional (Artículo 41) reserva a la nación para legislar los presupuestos mínimos de protección ambiental, en el año 2002 se sanciona la ley 25675 que incorpora a la prevención con carácter de principio al que debe sujetarse la interpretación y aplicación de toda norma ambiental, ordenando la prioridad preventiva de la atención de los problemas ambientales (Artículo 4).

Además del principio de prevención, la referida ley incorpora dentro de la esfera preventiva (vale decir, la que procura evitar la producción de daños) al principio de precaución, imponiendo que, cuando exista un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente, no es necesario que exista certeza científica sobre su concreción, para restringir o prohibir las actividades o cosas que engendran dichos

¹ Art 1708 .Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

riesgos (Artículo 4). De allí que uno de los elementos específicos de la tutela precautoria es la incertidumbre científica respecto al posible daño al ambiente que pueda causar una determinada actividad o producto.

La diferencia entre el principio de prevención y precaución previstos por la ley 25675, es que si bien ambos actúan sobre riesgos o amenazas de daños al ambiente, con el primero se procura neutralizar un riesgo de daño respecto del cual existe certeza científica comprobada. En cambio, con el principio de precaución, el riesgo de daño que se procura evitar es incierto o hipotético o dudoso.

A diferencia del principio preventivo (que tal como se sostuvo previamente, a nivel procesal cuenta con la acción constitucional de amparo) el precautorio no cuenta con vías procesales de acceso propias. Frente a tal ausencia, se observa en la jurisprudencia cierta flexibilización de las vías procesales preventivas, reformulando sus requisitos a los fines de permitir su utilización situaciones merecedoras de tutela precautoria. Dicha flexibilización o adecuación se manifiesta por ejemplo, en relación a la exigencia de una lesión actual o inminente que habilita la acción de amparo, o a la de verosimilitud del derecho que habilita la solicitud de una medida cautelar.

Sin embargo, tal como se expuso precedentemente, el principio precautorio tiene características propias que difieren del preventivo. Por lo tanto, dichas diferencias pueden dar lugar a que la vía procesal preventiva utilizada sea considerada inadmisibile, por no resultar idóneo el medio procesal elegido.

De allí que en el presente trabajo se sostiene como hipótesis la existencia de deficiencias procesales para la solicitud y aplicación de la tutela precautoria del ambiente prevista por el artículo 4 de la ley 25675, en primer lugar, por la ausencia de regulación de vías procesales específicamente precautorias, y en segundo lugar, por la incompatibilidad de las vías procesales preventivas a través de las cuales (mediante la flexibilización de requisitos de procedencia) la jurisprudencia encauza la tutela precautoria, dadas las diferencias que existen entre ambos principios. Por lo tanto, el objetivo general del presente es el análisis de las referidas deficiencias procesales.

Para arribar al análisis del referido objetivo general, se plantean como objetivos particulares en primer lugar, el análisis de la protección constitucional del ambiente posterior a la reforma constitucional de 1994, en segundo lugar, la precisión del principio preventivo y el principio precautorio que incorpora la ley 25675 y el análisis de las diferencias que existen entre ambos. También constituyen objetivos

particulares del presente trabajo, el análisis de las vías procesales susceptibles de ser utilizadas para solicitar y aplicar el principio precautorio (particularmente las preventivas) y las deficiencias procesales que existen para solicitar y aplicar la tutela precautoria del ambiente prevista por el artículo 4 de la ley 25675.

Para arribar al análisis de los objetivos planteados, el trabajo se divide en tres capítulos. En el primero se analiza el concepto de ambiente, la preocupación que existe por su efectiva protección, y la tutela del mismo, que la reforma constitucional incorpora a través del artículo 41 de la Constitución Nacional. En relación a dicha tutela constitucional, se analiza el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, el deber de su preservación, la obligación de su recomposición y la jurisdicción competente en materia ambiental que el referido artículo establece, como así también el concepto de presupuestos mínimos de protección ambiental cuyo establecimiento el mismo artículo reserva a la nación. Finalmente se analiza la ley 25675, y los principios de política ambiental que la misma incorpora, analizándose específicamente entre los mismos al principio de prevención que la referida ley regula en su artículo 4.

En el segundo capítulo, se analiza el principio de precaución que el citado artículo 4 de la ley 25675 incorpora, en cuanto a su concepto, su origen, desarrollo y antecedentes normativos. Asimismo se precisan los requisitos de su aplicación, vale decir, a la existencia de un riesgo, la incertidumbre y evaluación científica del mismo, y la gravedad e irreversibilidad del daño que dicho riesgo encierra. También se precisa, a partir del análisis del requisito de incertidumbre, las diferencias que existen entre el principio preventivo y el precautorio. Finalmente se analizan los caracteres que debe poseer la medida precautoria, y la inversión de la carga de la prueba que se produce en materia precautoria.

Por último, en el tercer capítulo, se analizan las deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela precautoria del ambiente. A tales fines, se precisan en primer lugar las vías procesales preventivas susceptibles de utilización precautoria. En tal sentido, se analiza a la acción de amparo (y la legitimación activa para su interposición) y a las medidas cautelares, y a los requisitos de admisibilidad de ambas vías procesales, como así también la flexibilización que la jurisprudencia efectúa de tales requisitos para adecuar las respectivas medidas a la solicitud y aplicación de la tutela precautoria. Asimismo se analizan otras vías procesales susceptibles de ser utilizadas para la solicitud y aplicación de dicha tutela. A partir del análisis anterior,

se precisan en este capítulo, las deficiencias procesales que existen para solicitar y aplicar la referida tutela precautoria, y por lo tanto, la necesidad de regulación de vías procesales específicamente precautorias.

Finalmente, fruto del análisis de los referidos capítulos, se realiza una conclusión general respecto del tema planteado, para responder a la pregunta de investigación, vale decir si existen deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela precautoria que regula el artículo 4 de la ley 25675.

De este modo se advierte la relevancia de la presente investigación, en tanto procura precisar, a partir del análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales y de la opinión doctrinaria en la materia, al principio de precaución introducido por el artículo 4 de la ley 25675, y sus diferencias con el principio de prevención incorporado por la misma ley. Asimismo, se advierte el valor teórico del presente trabajo, en tanto procura analizar las vías procesales susceptibles de ser utilizadas para la solicitud y aplicación del referido principio precautorio, y las deficiencias procesales que existen para dicho fin.

El tratamiento y precisión de la temática es de utilidad práctica no solo para quien procure solicitar y obtener la aplicación del principio precautorio en materia ambiental, sino también para los órganos judiciales frente a quienes se presente una solicitud precautoria, a los fines de proporcionar una protección efectiva de la referida tutela precautoria del ambiente.

En el análisis antes expuesto se emplea el tipo de estudio descriptivo, ya que, tal como se expuso previamente, el objetivo general de la presente investigación es el análisis de las deficiencias procesales para la solicitud y aplicación de la tutela precautoria del ambiente. Por lo tanto, la investigación se limita al análisis de la legislación y de la doctrina y jurisprudencia respecto al tema planteado, recopilando y luego analizando la información reunida, a los fines de lograr una acabada descripción de las características generales del mismo.

La estrategia metodológica que se emplea es la cualitativa, procurando constatar, en base a los datos reunidos y analizados, cuales son las vías procesales que son utilizadas a los fines de lograr la solicitud aplicación del principio precautorio en materia ambiental y las deficiencias que existen al respecto. En dicho propósito, no se apela a datos numéricos, sino a una mera recopilación de datos a los fines de responder a la pregunta de investigación planteada.

Por otro lado, en el presente se hace uso de fuentes de información primarias y secundarias. En tal sentido, como fuente primaria, se utiliza la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la normativa aplicable en relación al principio de precaución ambiental y sus vías procesales de tutela. En relación a la referida normativa se analizan las disposiciones pertinentes contenidas en la Constitución Nacional, la legislación ambiental (particularmente la ley 25675) y las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil de la nación y del Código Civil y Comercial vigente. Asimismo, como fuente de información secundaria, se hace uso de las posiciones doctrinarias contenidas en bibliografía y revistas especializadas, que permitan describir las corrientes de pensamiento que se plantean en la doctrina nacional, en relación a las deficiencias procesales que existen para la solicitud y aplicación de la tutela precautoria del ambiente.

Dado el enfoque cualitativo de la presente investigación, que procura obtener datos para luego de su análisis convertirlos en información, la técnica que se emplea es la observación y análisis de documentos. De allí que luego de detectar las fuentes, tanto primarias como secundarias a utilizar, analizan los datos así obtenidos para responder a la pregunta de investigación.

El presente trabajo comprende el espacio de tiempo que se inicia con la reforma constitucional operada en el año 1994, que incorpora a nuestra Constitución la tutela ambiental en su artículo 41, hasta nuestros días.

A partir de la referida reforma constitucional, la carta magna confiere a la Nación la facultad de legislar los presupuestos mínimos de protección ambiental. En virtud de dicha facultad, en el año 2002 se sanciona la ley 25.675 que incorpora entre otros al principio de precaución que rige en materia ambiental, cuya deficiencia procesal de solicitud y aplicación es materia de análisis en el presente trabajo.

CAPÍTULO I
TUTELA DEL AMBIENTE

1. Introducción.

A los fines de arribar al análisis de las vías procesales de solicitud y aplicación del principio de precaución ambiental y sus deficiencias para lograr dicha tutela precautoria, resulta imprescindible el análisis previo del concepto de ambiente y la protección del mismo por parte de nuestra Constitución Nacional reformada de 1994, y de la ley 25675, que incorpora expresamente a la prevención en la protección ambiental, lo que es objeto de análisis en el presente capítulo.

2. El ambiente y la preocupación por su protección efectiva.

A los fines de definir al ambiente, Bustamante Alsina (1995) destaca la inconveniencia de utilizar la designación medio ambiente, en tanto ambos términos (medio y ambiente) designan igualmente en su uso común, a aquello que rodea a los individuos o a las cosas. De allí que conforme lo sostiene el citado autor, resulta preferible hablar de ambiente, y no de medio ambiente, en tanto esta última denominación sería redundante al poseer ambos términos el mismo significado.

En la doctrina existe coincidencia respecto a la definición del ambiente como un sistema, vale decir, como un conjunto interrelacionado de elementos, no solo naturales (tales como por ejemplo el agua o la atmosfera) sino también artificiales o creados por el hombre (que se denominan culturales) cuya interrelación posibilita la existencia y desarrollo de los organismos vivos que lo componen, dentro del cual debe incluirse al ser humano. (Bidart Campos, 2006; Cano, 1978; Hutchinson, 1999; Sabsay y Onaindia, 1994)

Dada esta cualidad del ambiente de posibilitar no solo el desarrollo sino también la existencia misma del ser humano, en la actualidad, resulta indiscutible que uno de los temas que despierta preocupación a nivel mundial, es el de los daños causados al ambiente, sobre todo teniendo en cuenta los cambios climáticos y las distintas catástrofes naturales que se observan en las últimas décadas, provenientes de una inadecuada protección del mismo.

En tal sentido, la adecuada tutela del ambiente, es sin duda un tema que despierta la preocupación mundial.

Dicha preocupación a nivel global, tal como nos enseña Bustamante Alsina (1995) se fue plasmando en distintos intentos internacionales de institucionalización (vale decir, de consagración orgánica expresa) a través de reuniones y conferencias internacionales. De este modo surge, como primer tratamiento orgánico de la problemática ambiental a nivel internacional, la Declaración promulgada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, reunida en el año 1972 en Estocolmo, que declaró como causa de dicha declaración, la: "...necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano"² Dicha declaración implicó por lo tanto, el impulso de una conciencia mundial no solo de la necesidad de una adecuada protección ambiental sino también, de la de uniformar internacionalmente los criterios para lograr dicha protección.

3. Tutela Constitucional.

En Argentina, la materia ambiental es introducida expresamente en la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, mediante de la incorporación de los artículos 41³ y 43⁴.

²Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano (16/06/1972) ambiente.gov.ar. Recuperado el 17/03/2016 de <http://www.ambiente.gov.ar/infoteca/ea/descargas/estocolmo01.pdf>

³ Art. 41 CN. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para 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.

⁴ Art. 43 CN. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados

Mediante el citado artículo 43, se califica a los derechos que protegen al ambiente como derechos de incidencia colectiva, proporcionándoles un medio procesal específico de tutela al introducir la acción de amparo, conforme se expondrá en el capítulo III.

Por su parte, por medio del artículo 41, la reforma constitucional incorpora al texto de la Constitución Nacional al derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y el correlativo deber de su preservación, al principio de desarrollo sustentable, a la obligación prioritaria de recomposición frente al daño ambiental y al reparto de competencias entre la nación y las provincias en materia ambiental, conforme será analizado a continuación.

3. 1. Derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Deber de preservación.

El citado artículo 41 de la Constitución Nacional incorpora en primer lugar, el derecho de todos los habitantes de la nación a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Dicho derecho se incluye dentro de lo que la doctrina (Orihuela, 2008) denomina derechos colectivos o de tercera generación, que se basan en la noción de solidaridad y que vienen a complementar los derechos de primera generación (que se vinculan con la libertad) y de segunda generación (que se relacionan con la igualdad)

El artículo postula tres cualidades que debe poseer el ambiente para que dicho derecho se vea garantizado.

En primer lugar, la Constitución postula el derecho a un ambiente sano. Al respecto, sostiene Badeni (2006) que en rigor no es una cualidad propia del ambiente la que la Constitución exige con dicha característica, sino que la exigencia implica que el ambiente debe poseer todos los elementos propios naturales, que le

destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

proporcionen salud al ser humano que vive en el mismo, y no debe tener aquellos que se la quiten o afecten.

De este modo, sostienen Carnota y Maraniello (2008) que el derecho constitucional a un ambiente sano implica que a través de alteraciones al ambiente no se vulnere la salud de los habitantes de la nación. De esta manera, y en vinculación con dicha exigencia, el citado artículo consagra en segundo lugar el derecho al equilibrio del ambiente, lo que implica que no se altere la armonía que debe existir entre los distintos elementos que lo componen, procurando conservarla de la manera tal que se asemeje (en la medida de lo posible) a la que naturalmente posee. (Badeni, 2006)

En tercer lugar el citado artículo postula el derecho a la aptitud del ambiente para permitir el desarrollo humano, lo que existirá, en términos de Badeni (2006) si aquel goza de las cualidades de ser sano y equilibrado. De este modo, tal como sostiene Quiroga Lavie, (2012) además de garantizar la salud del ser humano, el citado artículo procura que la salud y equilibrio del medio ambiente existan en grado tal que no afecten el desarrollo de aquel.

Asimismo, el artículo postula el referido derecho en calidad de derecho deber, disponiendo que todos los habitantes de la nación tienen el deber de preservar el ambiente. Dicho deber de preservación es impuesta por el citado artículo, especialmente al estado, al disponer que: "...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..." De este modo existe una obligación de preservación del ambiente impuesta por un lado al estado, y por otro a todos los habitantes de la nación, debiendo estos últimos abstenerse de realizar conductas contrarias a dicha preservación.

El término autoridades debe entenderse, tal como señala Bidart Campos (2006) como el estado en sentido amplio, comprensivo de todos sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial, nacional, provincial y municipal). Asimismo, conforme lo sostiene el referido autor, el deber del estado de protección del derecho bajo análisis, debe entenderse en el doble sentido de abstenerse de dañar al ambiente como así también a la obligación de realizar conductas positivas tendientes a preservarlo, y evitar y reprimir su afectación por parte de los particulares exigiéndoles el cumplimiento del deber de preservación que el mismo artículo les impone.

Asimismo, sostiene Bidart Campos (2006) que la referencia del artículo como obligación del estado 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...”no debe entenderse como una enumeración taxativa sino ejemplificativa de los distintos mecanismos que el estado debe emplear a los fines de garantizar la protección que la Constitución le impone.

3. 2. Desarrollo sustentable.

El citado artículo 41 postula asimismo como cuarta característica del ambiente al que tiene derecho todo habitante de la nación, su aptitud para que: “...las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...”

Dicha exigencia implica en primer lugar que en relación al desarrollo humano que (tal como se sostuvo precedentemente) el artículo postula que el ambiente debe ser apto para cumplir, tiene prioridad según el constituyente, el desarrollo productivo de las personas, a los fines de poder satisfacer sus necesidades. (Badeni, 2006)

En tal sentido, sostiene Quiroga Lavie (2012) que el ambiente debe ser protegido para garantizar que el desarrollo del ser humano no se vea afectado.

En segundo lugar, la disposición transcrita incorpora el llamado principio de desarrollo sustentable, al exigir que las actividades productivas dirigidas a la satisfacción de las necesidades de los habitantes actuales de la nación, no se realicen de forma tal que comprometan el derecho al desarrollo y a la calidad de vida que poseerán de manera igualitaria los futuros habitantes. De allí que toda actividad de dicha naturaleza debe realizarse mensurando los efectos que de ella derivaran para las futuras generaciones. (Badeni, 2006; Bustamante Alsina, 1995)

De este modo, la Constitución también prioriza al ser humano y sus derechos por sobre los intereses puramente económicos vinculados con la actividad productiva de la nación. (Quiroga Lavie, 2012)

Sin embargo, la referencia de la disposición constitucional bajo análisis a las generaciones futuras, no debe entenderse, tal como sostiene Bidart Campos (2006) como si consagrara un derecho para personas aún no existentes. Según lo señala el citado autor, la referida disposición importa la exigencia de adoptar una forma de

desarrollo que permita su perduración en el tiempo. A tales fines (sostiene el referido autor) resulta imprescindible que dicha forma de desarrollo se planifique tomando en consideración el futuro, sobre todo teniendo en cuenta que existen afectaciones al ambiente, derivadas de actividades humanas de desarrollo que no se evidencian sino después de transcurrido un cierto tiempo.

Conforme sostiene Bustamante Alsina (1995, p. 43) la sustentabilidad ambiental supone tres requisitos: "...1. Mantener los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelo y aguas; 2. Mantener la diversidad biológica animal y vegetal; 3. Mantener los recursos biológicos en un estado que permita su capacidad de regeneración.

3. 3. Obligación de recomposición.

En caso de incumplimiento del deber que (tal como se expuso precedentemente) el artículo bajo análisis impone a todo habitante de la nación (y al estado) de preservación del ambiente, y si tal incumplimiento hubiere causado un daño a este último, el mismo artículo postula que dicho daño dará lugar de manera prioritaria, como sanción, la obligación de recomposición del ambiente dañado, procurando restituirlo en la medida de lo posible al estado en que se encontraba antes de dicho daño. (Bustamante Alsina, 1995)

Sin embargo Badeni (2006) sostiene que la referida obligación de recomposición surge no solo en caso de daño al ambiente (como sanción al autor del mismo) sino también en caso de que el daño no tenga como causa una acción humana, sino de otra causa (como por ejemplo un fenómeno de la naturaleza) en cuyo caso la referida recomposición estará a cargo del estado.

Por su parte, si el daño proviniera de la acción humana, además de la obligación bajo análisis, surgirá para el autor la responsabilidad por el daño causado.

De este modo, el texto constitucional se refiere solo a la obligación de recomposición, y no a la responsabilidad, sea de naturaleza civil, penal o administrativa que por lo tanto se encontrará definida por la legislación. (Cassagne, 1995)

Sin embargo, pese a que la norma constitucional bajo análisis no se refiere a sanciones de tipo pecuniario frente a la causación de un daño ambiental (que tal como

se sostuvo, deja librado a la legislación) si postula la prioridad de la obligación de recomposición por sobre dicha sanción indemnizatoria. Esta prioridad adquiere sentido si se tiene en cuenta que la primera parte del citado artículo tiene por objeto la protección del ambiente, por lo que resulta lógico que priorice su recomposición. (Badeni, 2006)

Asimismo, la pertinencia de la prioridad de la recomposición exigida por la constitución se pone de relieve tal como señala Bustamante Alsina (1995) en el carácter colectivo del derecho al ambiente, cuyos titulares colectivos sería prácticamente imposible de satisfacer frente a la afectación de su derecho, (en la mayoría de los casos) mediante una indemnización pecuniaria. Tampoco lógicamente se lograría dicha satisfacción colectiva con una indemnización pecuniaria a favor de solo algunos de los titulares afectados.

Asimismo, considero que la obligación de recomposición prioritaria se vincula con la necesidad constitucional de garantizar el derecho al ambiente de las generaciones futuras, que el principio de desarrollo sustentable consagrado por el mismo artículo constitucional exige.

Tampoco la Constitución regula expresamente la forma en que debe tener lugar dicha recomposición obligatoria y prioritaria que genera el daño ambiental, dejando su reglamentación a la legislación, al disponer expresamente que el daño ambiental dé lugar a la referida recomposición "...según lo establezca la ley..."

Al respecto, sostiene Cassagne (1995) que la recomposición constitucionalmente exigida no implicará, en la mayoría de los casos (y por razones de imposibilidad fáctica) que deba restituirse a la situación exacta en la que el ambiente dañado se encontraba antes del mismo. De allí que, tal como lo sostiene el citado autor, la exigencia constitucional de recomposición implicará aquellas medidas que, tiendan a la misma, para lograr colocar el estado del ambiente dañado en la situación más equivalente posible a la que poseía antes del daño.

La delegación hacia la legislación respecto a la forma y contenido de la obligación de recomposición también adquiere sentido, tal como señala Bustamante Alsina (1995) si se tiene en cuenta las diversas formas en que el daño ambiental puede presentarse.

Por otro lado, debe tenerse presente que la referida obligación de recomposición, solo resulta exigible en caso de daño al ambiente propiamente dicho, y no respecto a la reparación que pueda exigir un particular dañado en sus intereses

particulares como consecuencia de un daño ambiental. Vale decir que este último tipo de daño no genera la obligación constitucional de recomposición. (Bustamante Alsina, 1995; Cassagne, 1995)

La referida ley, adopta como mecanismo para garantizar la recomposición del ambiente dañado, al seguro ambiental, que obliga a contratar a toda persona que realice actividades que conlleven riesgos de daños al ambiente. Asimismo, la ley exige que el seguro que se contrate deba poseer la cobertura necesaria para garantizar la recomposición de los posibles daños a causarse al ambiente.⁵

3. 4. Reparto de competencias en materia ambiental.

3. 4. a. Presupuestos mínimos de protección ambiental.

El tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución nacional dispone expresamente en relación a la competencia legislativa en materia ambiental, que: “...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...”

Antes de la incorporación del citado artículo, ante la falta de una norma constitucional que determinara expresamente la competencia bajo análisis, las posiciones doctrinarias al respecto no serán uniformes.

En tal sentido cierta doctrina (Frías, 1980; Marienhoff, 1981) interpretaba que la legislación en materia de protección ambiental era una facultad concurrente entre la nación y las provincias, que se consideraba incluida dentro de la cláusula de bienestar del antiguo artículo 67 inciso 16 de la Constitución originaria (actual artículo 75 inciso 18 de la Constitución reformada de 1994⁶)

⁵ Art. 22 ley 25675. Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

⁶ Art. 75 CN. Corresponde al Congreso: Inc. 18: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los

Otro sector doctrinario (Cano, 1987) en cambio, ante la referida falta de delegación expresa de las provincias en la Constitución originaria de 1853, consideraba que se trataba de una competencia reservada por las provincias.

Luego de la incorporación del artículo 41 mediante la reforma constitucional de 1994, la legislación relativa a la protección ambiental, es una competencia que las provincias delegaron expresamente a la nación⁷.

Sin embargo dicha delegación se efectúa (tal como lo establece el mismo artículo) solo en lo que hace al dictado de aquellas normas que establezcan los presupuestos mínimos de protección en materia ambiental, conservando las provincias la competencia para el establecimiento de normas que complementen dichos presupuestos. Por dicha particularidad Bidart Campos (2006) considera la materia definida por el artículo bajo análisis no es propiamente delegada a la nación, sino que se trata de un tipo particular de competencia concurrente entre lo mínimo (que corresponde a la nación) y lo máximo complementario (que corresponde a las provincias).

Los referidos presupuestos cuya regulación constituye materia delegada constitucionalmente a la nación, fueron interpretados por la doctrina (Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya, 2001; Hutchinson, 1999) como aquellas exigencias básicas de protección, que implican el piso o base mínimo e inderogable, de aplicación uniforme para todos los habitantes de la nación.

Vale decir, que se trata de aquella legislación ambiental común (de aplicación para toda la nación) sobre el cual se estructurará la legislación federal en la materia, y que establece las exigencias mínimas que las legislaciones provinciales no pueden derogar. (Dromi y Menem, 1994; Preuss y Walsh, 1997)

Las provincias, conservan la facultad de complementar dichos presupuestos, otorgando una protección mayor dentro de sus respectivas jurisdicciones, pero no menor, en tanto no pueden derogar aquella base mínima que es competencia de la

ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

⁷ Art. 121 CN. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

nación a cuya legislación común están obligadas a conformarse por imperio de la Constitución⁸. (Bidart Campos, 2001; Canosa Usera, 2000)

Vale decir, conforme sostiene Bidart Campos (1997) las provincias deben respetar el piso de competencia nacional pudiendo establecer un techo de protección más alto.

El contenido de la legislación nacional uniforme surge del propio texto constitucional, en tanto aclara que dichos presupuestos mínimos deben referirse a la protección ambiental. De allí que dentro del referido contenido protectorio, la doctrina (Bidart Campos, 2001; Preuss y Walsh, 1997; Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya, 2001) considera que los presupuestos mínimos pueden abarcar materias no solo sustantivas, sino también procesales o administrativas, en tanto contengan aquella base de protección inderogable, vale decir, en tanto se orienten a dicha finalidad protectora que deba considerarse mínima.

De allí que el constituyente de 1994, (de manera implícita) mediante el artículo bajo análisis, modificó el tradicional reparto de competencias administrativas y procesales que antes de dicha reforma eran reservadas por las provincias, pero que, por la trascendencia de la materia (ambiental) consideró que deben ser uniformadas por la nación y legisladas por la misma en lo que hace al mínimo inderogable, siempre dentro de la finalidad exclusivamente protectora. Por lo tanto, la nueva delegación implícita de dichas materias está circunscripta dentro de la materia ambiental, al exclusivo fin protectorio. (Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya, 2001)

3. 4. b. Jurisdicción competente.

Por otro lado, y por imperio del citado artículo 41 de la Constitución, la legislación que en la materia dicte el Congreso de la Nación, no altera las jurisdicciones locales, vale decir que el poder judicial de cada provincia será competente para intervenir en las causas que (aun regidas por la legislación nacional)

⁸ Art. 31 CN. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

se susciten dentro de sus respectivas jurisdicciones, y asimismo, el poder ejecutivo de cada provincia será el competente para fiscalizar la aplicación de la legislación ambiental. (Badeni, 2006; Cassagne, 1995)

Dicha disposición se complementa con el artículo 124 de la Constitución nacional, en tanto establece el dominio originario de cada provincia respecto de los recursos naturales que existan en sus respectivos territorios.⁹

Sin embargo, la solución es distinta cuando se ven afectados recursos ambientales interjurisdiccionales, en cuyo caso la ley 25675 establece que la competencia es federal¹⁰.

No obstante, la regla constituye siempre la competencia ordinaria, siendo la federal de excepción. Al respecto, la jurisprudencia de nuestro país exige la demostración de la afectación efectiva de recursos interjurisdiccionales a los fines de habilitar la competencia federal, a través de la incorporación de material probatorio, tal como estudios científicos de los que surja acabadamente dicha afectación.

En tal sentido, se pronunció nuestra Corte Suprema de Justicia en la causa “Rivarola”¹¹ del año 2011. En la citada causa, un habitante de la provincia de Buenos Aires demandó a una empresa de hidrocarburos por ante un Juzgado ordinario de dicha provincia (Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de Zárate) por la contaminación que la demandada provocaba en el Rio Paraná al derramar el desecho contaminante de sus actividades en el mismo, solicitando el cese de dichas actividades y la recomposición del ambiente, además de los daños y perjuicios que dicho daño ambiental le causó a sus derechos individuales.

En la referida causa se suscitó un conflicto de competencia que la Corte Suprema de Justicia de la provincia resolvió a favor de la competencia federal. Sin embargo, frente a la incompetencia declarada por el juez federal el conflicto llegó

⁹ Art. 124 CN. Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

¹⁰ Art. 7 ley 25675. La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.

¹¹ CSJN (17/05/2011) “Rivarola, Martín Ramón c. Rutilex Hidrocarburos Argentinos S.A.” L.L. 2011-D, 134

hasta la Corte Suprema, que finalmente declaró competente a la originaria justicia ordinaria local.

En fundamento de dicha resolución, la Corte consideró que, pese a que el actor alegó la afectación de recursos naturales interjurisdiccionales, no aportó prueba o estudio ambiental del que surja en forma verosímil la afectación de recursos interjurisdiccionales que es el único elemento que permitiría la competencia de la justicia federal.

En tal sentido el máximo tribunal reiteró que solo procede la competencia de la justicia federal en caso de que el recurso natural afectado este comprendido en el territorio de más de una provincia. Además, la Corte señaló que dicho requisito debe surgir de los términos de la demanda y ser probado en forma acabada y estricta a través de una evaluación científica u otra prueba que demuestre en forma verosímil la interjurisdiccionalidad de la afectación ambiental.

4. Ley General de Ambiente 25675.

Por imperio del reparto de competencias en materia ambiental dispuesto por el citado artículo 41 de la Constitución nacional, se dictaron a nivel nacional, diversas normas de presupuestos mínimos.

La primera de dichas normas fue la ley 25612, sancionada en el año 2002, que determinó los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio que sean generados en todo el territorio nacional y derivados de procesos industriales o de actividades de servicios.

A dicha primigenia ley le sucedieron numerosas leyes de presupuestos mínimos, tales como la ley 25670, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión y eliminación de los PCBs (policlorobifenílos), o la ley 26639, que establece dichos presupuestos en relación a la preservación de los glaciares y del ambiente pre glacial.

Entre dichas leyes, cuyo análisis total excede la materia del presente trabajo, se destaca por su carácter general la ley 25675.

La referida ley define a los presupuestos mínimos de protección ambiental, disponiendo, en concordancia con el recién analizado artículo 41 de la Constitución

nacional, que dichos presupuestos son los establecidos por normas dirigidas a proveer una tutela uniforme del ambiente, fijando las condiciones indispensables para su protección.¹²

4.1. Principios de la política ambiental.

La ley regula en su artículo 4¹³ los principios que deben regir la interpretación y aplicación de la legislación ambiental.

En primer lugar, la ley establece los principios de prevención y precaución (que serán analizados a continuación). De este modo, a la función reparadora clásica del derecho de daños, con la prioridad de recomposición que tal como se expuso,

¹² Art. 6 ley 25675. Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable

¹³ Art. 4 ley 25675. La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: 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. 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.

instituye en la materia la reforma constitucional de 1994 en el citado artículo 41 de la Constitución Nacional, la ley incorpora las funciones preventivas y precautorias.

Frente al fracaso de la prevención, la ley bajo análisis incorpora el principio de responsabilidad, disponiendo que sin perjuicio de la función resarcitoria del derecho frente al daño ambiental, quien lo cause debe responder por las acciones necesarias para la recomposición del ambiente dañado, no solo correctivas sino también preventivas (para evitar futuros daños) Dicho principio procura, en términos de Cafferatta (2004) el establecimiento de una responsabilidad del generador del daño de tipo integral (civil, administrativa y penal).

En sintonía con el citado artículo 31 de la Constitución Nacional, la ley consagra el principio de congruencia, que impone su prevalencia frente a toda normativa provincial o municipal que no se adecue a la misma.

Otro principio que establece la ley bajo análisis es el de progresividad, respecto del cual, dispone (en el sexto párrafo de su citado artículo 4) que la protección ambiental a la que la legislación apunta debe proyectarse temporalmente en forma gradual o paulatina, de manera tal que permita la adecuación de las actividades reguladas para el logro de dicho objetivo.

Conforme a este principio, por ejemplo la ley 25670, proyectó una eliminación paulatina de PCBs en el país.¹⁴

Esaín (2007) sostiene que el referido principio implica la necesidad de que las medidas de protección se adopten en forma gradual, y no de manera drástica o abrupta, a los fines de conciliar los fines protectorios del ambiente con los derechos particulares de aquellos en cuyas actividades inciden las medidas protectoras.

Asimismo, enseña Lorenzetti (2008) que el fundamento de dicha gradualidad es básicamente la eficacia de las medidas de restricción protectoras del ambiente, en orden a las posibilidades reales de cumplimiento de dichas medidas por parte de quienes se ven restringidos en sus derechos por medio de las mismas.

Además de dicha gradualidad, modernamente se entiende que el principio de progresividad implica también que medidas de protección del ambiente deben diagramarse e imponerse de forma progresiva, vale decir que la referida protección

¹⁴ Art. 15 ley 25670. Antes del año 2005 todo poseedor deberá presentar ante la autoridad de aplicación, un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo de que al año 2010 no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs.

debe ir con el tiempo incrementándose pero nunca retroceder, debiendo respetarse el grado de protección alcanzado. (Principio de no regresión) (Esaín, 2007)

También la ley bajo análisis instituye el principio de equidad intergeneracional, disponiendo que la protección del ambiente debe procurar la garantía de su aprovechamiento tanto por las generaciones presentes como por las futuras. Dicho principio se encuentra presente desde declaración de la antes citada Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Reunida en Estocolmo en el año 1972, cuyo primer principio proclama como obligación de todo individuo, de “...proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”¹⁵.

Conforme sostiene Cafferatta (2004) en el mundo actual la equidad se complementa con idea de solidaridad no solo hacia los cohabitantes presentes del ambiente, sino también hacia las generaciones que vendrán, de forma tal de heredarles un ambiente que les proporcione iguales posibilidades de desarrollo que las actuales. Sostiene el citado autor que la referida intergeneracionalidad permite hablar en la materia de derechos de cuarta generación.

Dicho principio se complementa con otro de los principios establecidos por la ley bajo análisis, que es el de sustentabilidad, derivado del desarrollo sustentable exigido por nuestra Constitución Nacional en su citado artículo 41. Conforme a la referida ley el principio de sustentabilidad exige una política de gestión de utilización de los recursos naturales que asegure la posibilidad y continuidad de aprovechamiento tanto actual como futuro. Conforme sostiene Cafferatta (2004) se trata de compatibilizar el desarrollo con una forma de utilización de los recursos que garantice su cuidado.

Dicha solidaridad se proyecta no solo en forma intergeneracional sino también interjurisdiccional, en tal sentido, la ley bajo análisis incorpora el principio de solidaridad estableciendo que tanto la nación como cada provincia es responsable de las acciones tendientes a evitar o disminuir las afectaciones ambientales que excedan los ámbitos de su jurisdicción.

¹⁵ Principio 1° Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano. *Ambiente.gov.ar*. Recuperado el 17/03/2016 de <http://www.ambiente.gov.ar/infoteca/descargas/estocolmo01.pdf>

Finalmente la ley 25.675, en su citado artículo 4 establece los principios de subsidiariedad, que implica la exigencia de colaboración del estado en las prácticas de protección ambiental que programen los particulares, y el de cooperación, que impone la utilización racional y el trabajo conjunto de mitigación de afectaciones ambientales para recursos compartidos por más de una jurisdicción.

De los principios citados, surge que la ley, además de la tutela resarcitoria, introduce expresamente a la tutela precautoria (que será analizada en el capítulo siguiente) como así también a la tutela preventiva.

4. 2. Principio de prevención.

La función esencial del derecho de daños fue tradicionalmente la resarcitoria, generando la obligación de reparar el daño injustamente causado. Sin embargo, actualmente se incluye también dentro de dicho derecho de daños a la función preventiva. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

La relevancia de esta nueva función se pone de relieve si se tiene en cuenta que "...la prevención del daño es siempre preferible a su reparación..." tanto para la víctima como para el responsable. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 462)

El nuevo Código Civil y Comercial, incorpora expresamente esta nueva función del derecho de daños en su artículo 1708¹⁶, estableciendo en su artículo 1710¹⁷ el deber genérico de toda persona de evitar la causación de un daño o el agravamiento del daño causado.

La importancia de la función preventiva del derecho de daños se presenta en su más amplia expresión en el ámbito del derecho ambiental, lo que se advierte si se tiene en cuenta la dificultad que existe para revertir los daños causados al ambiente. (Bustamante Alsina, 1995)

¹⁶ Art 1708 CCCN. Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

¹⁷ Art 1710 CCCN. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

A ello debe sumarse, tal como señala Kamada (2007) la ineficacia de la tutela resarcitoria para la efectiva protección del medio ambiente dañado, dado el carácter prioritariamente limitado de este último y la imposibilidad de su total restauración frente a la persistencia de su degradación, lo que además repercute directamente en el valor más esencial de todo el ordenamiento jurídico, que es la vida humana y su calidad. De allí que debe decirse que la efectiva tutela del ambiente es la preventiva. (Bustamante Alsina, 1995)

Dicha prioridad preventiva de la tutela ambiental, se encuentra reconocida por nuestra Constitución Nacional, en su citado artículo 41, al determinar el deber que todos los habitantes de la nación tienen de preservar el ambiente. En tal sentido, sostiene Fernández Madero (2004) que solo a través de la preservación preventiva del ambiente, puede hacerse efectivo el derecho a un ambiente "...sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano..." que el referido artículo consagra.

Asimismo, la Constitución Nacional refuerza dicha prioridad preventiva a partir de la reforma de 1994, que incorpora expresamente a la acción de amparo¹⁸ que será analizada en el capítulo 3.

La ley 25675 no solo regula la tutela resarcitoria del ambiente sino también la preventiva. En relación a la primera de dichas tutelas, la referida ley establece una responsabilidad de naturaleza objetiva para quien cause un daño ambiental, obligándolo a la recomposición del ambiente dañado, y si ello no fuere posible, al

¹⁸ Art. 43 CN. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio

pago de una indemnización sustitutiva que se destina al Fondo de compensación ambiental que la misma ley crea¹⁹.

Por su parte, en relación a la tutela preventiva, tal como se analizó previamente la ley incorpora en el tercer párrafo de su artículo 4 al principio de prevención, estableciendo expresamente que: “..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...”.

Por otro lado, y como instrumento específico de tutela preventiva, la ley 25675 incorpora a la evaluación de impacto ambiental.

Dicha evaluación es un procedimiento administrativo destinado en primer lugar a examinar el impacto que una actividad u obra pueda causar en el ambiente y en segundo lugar a prohibirla o modificarla si del referido examen resulta que es susceptible de causar un daño ambiental. (Falbo, 2006)

Dicho procedimiento se aplica a toda actividad que por su posible incidencia negativa en el ambiente, debe contar con una autorización estatal para su funcionamiento²⁰. Esta autoridad es la que tiene en cuenta el referido examen para decidir la aprobación de la actividad o su prohibición o modificación, a través de una resolución que la ley 25.675 denomina declaración de impacto ambiental.²¹

Conforme lo dispone la ley en su citado artículo 12, a los fines de determinar el impacto ambiental, la autoridad estatal tiene en cuenta la declaración jurada que sobre dicho impacto debe presentar el solicitante de la autorización, y asimismo, esta puede requerir la presentación de un estudio de impacto ambiental en donde se debe detallar la incidencia de la actividad correspondiente sobre el ambiente, y en caso de

¹⁹ Art. 28 ley 25675. El que cause el daño ambiental será 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

²⁰ Art. 1 ley 25675. 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,

²¹ Art. 12 ley 25.675. 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.

efectos negativos, la forma de neutralizarlos.²²

De allí que también se define a la evaluación de impacto ambiental como el procedimiento que precede a una decisión estatal sobre una actividad que puede causar daños al ambiente. (Cafferatta, 2002)

Por lo tanto, se trata de un instituto eminentemente preventivo, ya que permite identificar las consecuencias dañosas de una determinada actividad para el ambiente, y por lo tanto evitarlas, no autorizando dicha actividad, o modificándola de manera que no resulte dañosa para el ambiente. (Falbo, 2006; Mosset Iturraspe, Hutchinson y Donna, 1999)

Asimismo, la evaluación de impacto ambiental constituye un presupuesto necesario para la realización de actividades u obras susceptibles de dañar al ambiente. Sin embargo, tal como sostiene la doctrina mayoritaria (Besalú Parkinson, 2005; Bustamante Alsina, 1995; Falbo, 2006; Mosset Iturraspe, Hutchinson y Donna, 1999) la declaración de la autoridad emitida luego del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no exime al titular de la actividad u obra de responsabilidad en caso de que de la realización de las mismas derive efectivamente la causación de un daño ambiental.

Conforme sostiene Bustamante Alsina (1995) la declaración de la autoridad solo acredita el cumplimiento por parte del peticionante de las reglamentaciones que se aplican a la habilitación de la actividad de que se trata, pero no le confiere impunidad por los eventuales perjuicios que el desarrollo de dicha actividad cause.

Por otro lado, y también dentro de la esfera preventiva, la ley 25675, tal como se analizó previamente, crea al Fondo de Compensación Ambiental al que se destinan las indemnizaciones sustitutivas que deben abonar los causantes de un daño ambiental frente a la imposibilidad de su recomposición. La referida ley le confiere a dicho fondo entre sus destinos, el de garantizar la prevención de: “...efectos nocivos o peligrosos al ambiente...”²³

²² Art. 13 ley 25675. 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.

²³ Art. 34 ley 25675. Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los

5. Conclusión parcial.

La preocupación por la protección del ambiente (vale decir, de aquel sistema compuesto no solo de elementos naturales sino también artificiales o culturales, cuya interrelación posibilita la existencia y desarrollo de los organismos vivos que lo componen, dentro del cual debe incluirse al ser humano) se manifestó constitucionalmente en Argentina con la reforma constitucional de 1994.

A partir de dicha reforma se incorpora a través del artículo 41 de la Constitución nacional, el derecho de todo habitante de la nación a un ambiente sano (vale decir que posea todos los elementos naturales propios que proporcionen salud al ser humano que habita en el mismo) equilibrado (vale decir, cuyos elementos se encuentren en armonía) y apto para el desarrollo humano, imponiendo asimismo a todos los titulares de dicho derecho y al estado mismo, a preservarlo. En caso de infringirse dicho deber, el citado artículo impone como obligación prioritaria la de recomponer el ambiente dañado.

Otra de las características del ambiente a la que conforme al referido artículo todo habitante de la nación tiene derecho, es su aptitud para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, incorporando de este modo el principio de desarrollo sustentable.

Finalmente el referido artículo 41 de la Constitución, regula el reparto de competencias entre la nación y las provincias, disponiendo que corresponda a aquella el establecimiento de los presupuestos mínimos de protección, vale decir la base inderogable de tutela que las provincias no pueden derogar sino solo complementar, incrementándola.

En base a esta última disposición Constitucional, el Congreso de la Nación, sancionó en el año 2002 la Ley General de Ambiente 25675, que establece los principios que deben regir en la interpretación y aplicación de la legislación ambiental, dentro de los cuales incorpora expresamente al principio de prevención.

La prevención (que en materia ambiental adquiere relevancia dada la particular dificultad que existe para recomponer al ambiente dañado a su estado

costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.

anterior al daño) reviste en la actualidad la entidad de nueva función del derecho de daños (junto con la resarcitoria) lo que se encuentra expresamente reconocido en el Código Civil y Comercial de la nación.

La prevención ambiental no solo es incorporada por la ley 25675, sino también por nuestra Constitución Nacional reformada de 1994, en primer lugar al imponer a todo habitante de la nación el deber de preservar el ambiente, y en segundo lugar al introducir a la acción de amparo como vía procesal preventiva.

La ley 25675 incorpora en el tercer párrafo de su artículo 4 al principio de prevención, ordenando atender en forma prioritaria a las causas de los daños ambientales, procurando evitarlos. Asimismo, la citada ley 25675 incorpora a la evaluación de impacto ambiental como instituto eminentemente preventivo, ya que permite identificar las consecuencias dañosas de una determinada actividad para el ambiente, y por lo tanto evitar dichas consecuencias, no autorizando dicha actividad, o modificándola de manera que no resulte dañosa para el ambiente.

CAPÍTULO II
PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1. Introducción.

Luego del análisis, en el capítulo anterior, de la tutela del ambiente que proporciona la Constitución Nacional y la ley 25675, particularmente la de carácter preventivo, en el presente capítulo se analiza al principio precautorio introducido por la referida ley y sus diferencias con el principio preventivo, como paso previo imprescindible para arribar al análisis de las deficiencias procesales que existen para la solicitud y aplicación de dicho principio, lo que será analizado en el capítulo siguiente.

2. Concepto.

El termino precaución significa, conforme señala Iribarren (2005, p. 88) “...reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse...”.

En la actualidad, junto con la función preventiva (analizada en el capítulo anterior) y la resarcitoria del derecho de daños, que se caracterizan respectivamente por actuar en casos en los que existe certeza respecto al acaecimiento futuro o actual de un daño, surge la precaución como una nueva función que también se ubica dentro del ámbito preventivo (vale decir, el que procura evitar la causación de daños). (Cafferatta, 2004)

Pero a diferencia de la tutela preventiva (y también de la resarcitoria) la precaución no actúa en caso de certeza, sino de incertidumbre respecto a la posibilidad de que de determinada actividad o producto derive un daño, debido a la insuficiencia del estado del conocimiento científico, que no puede garantizar la inocuidad dañosa de dicha actividad o producto, y siempre que (tal como se expondrá a continuación) exista una sospecha funda respecto a la posibilidad de concreción del daño. (Arancet, 2008)

Por lo tanto, si bien la tutela preventiva y la precautoria actúan en relación a riesgos de daños, mientras que la primera lo hace en relación a un riesgo comprobado, la precautoria lo hace sobre un riesgo incierto, (aunque fundadamente sospechado). (Cafferatta, 2006)

3. Origen y desarrollo.

El principio de precaución surge frente a la ausencia de certeza científica del carácter inofensivo para el ambiente de determinadas actividades o productos desarrollados por el ser humano (fundamentalmente de la mano de los avances tecnológicos) y la sospecha de su nocividad (que se percibe como grave) pese a dicha falta de certeza. (Loperena Rota, 1998; Seguí, 2012)

Dicha percepción tiene como punto de partida el sentimiento ineficacia de la tradicional tutela ambiental, a partir de la evidencia de que problemas ambientales graves que presenta la actualidad (tales como el cambio climático) avanzan a paso rápido, y que el progreso científico destinado a identificar sus causas y por ende combatirlos o corregirlos, se presenta como demasiado lento para lograr dicho fin. (Kriebel, 2002)

Actualmente, la doctrina (Esain, 2006; Rodriguez, 2014) advierte que mientras más avanza la ciencia y la tecnología, en pos del desarrollo, mayores son los riesgos ambientales que traen aparejadas, no solo actuales, sino también a largo plazo. Asimismo, tal como lo advierten los citados autores, a medida que se produce dicho avance, mayores incertidumbres genera respecto al conocimiento de la existencia de dichos riesgos (sobre todo, los que pueden presentarse a largo plazo) y los modos de neutralizarlos.

De este modo, tal como señala Seguí (2012) se pone de manifiesto la complejidad del funcionamiento ambiental, y la insuficiencia de la ciencia para el conocimiento pleno de la relación de causalidad entre una determinada actividad y los posibles daños ambientales que de las mismas pueden derivar. De ello deriva, la imposibilidad de la certeza plena respecto a las causas y efectos que pueden influir negativamente sobre el ambiente. (Drnas de Clement, 2008)

Por otro lado, tal como señala Esain (2006) frente a dichos riesgos ambientales (en aumento) a la lentitud o demora del progreso científico destinado a constatar la certeza de su ocurrencia, debe sumarse el retardo del derecho, que en su faz preventiva, avanza aun a paso más lento que la ciencia, para encauzar una adecuada tutela ambiental frente a dichos riesgos, en tanto precisa para regularlos, de la constatación científica sobre la certeza de su existencia.

Por lo tanto, conforme señala el referido autor, la gestión de los riesgos

ambientales (evidenciada la insuficiencia científica para su conocimiento cierto de carácter pleno) debe lograrse a través de la modificación de la forma en que el derecho interviene en la gestión de dichos riesgos.

De este modo, a través del reconocimiento de la tutela precautoria, se produce un cambio de paradigma que, tal como señala Seguí (2012) implica la superación del pensamiento que proclama que en caso de duda (en este caso de la posibilidad de daño ambiental que se sospecha como grave) la conducta a seguir es la abstención, por aquel que ordena que frente a la duda, lo correcto es la acción, y no la espera a que el progreso científico proporcione certezas.

Es en materia ambiental, donde mayor importancia tiene y en donde se impone dicho cambio de paradigma, si se tiene en cuenta, tal como señala Bustamante Alsina (1995) la dificultad que existe para revertir o recomponer los daños provocados al ambiente, siendo incluso en muchos casos irreversible la transformación dañosa causada al mismo. A ello debe sumarse el incremento de los daños al ambiente que, conforme se apuntó precedentemente, provoca el avance científico y tecnológico.

Al respecto, la Agencia Europea de Medio Ambiente (organismo que funciona dentro de la Unión Europea) puso de manifiesto (mediante ejemplos prácticos, a través de un informe elaborado en el año 2001²⁴) las consecuencias negativas que resultaron de la falta de aplicación de este principio en el pasado, a los fines de poner en evidencia la necesidad de aplicación del principio en materia ambiental en el futuro.

Entre dichos supuestos el citado informe menciona por ejemplo el caso de los PCB (Bifenilos Policlorados) que fueron utilizados en forma masiva (para su empleo en transformadores y otros usos) cuyos efectos nocivos recién fueron tenidos en cuenta luego de distintas evidencias de dicha dañabilidad, que combatida a tiempo podría haberse evitado.

Del mismo modo, el citado informe señala que respecto a la utilización de radios x, existieron múltiples advertencias en relación a sus efectos nocivos para la salud del ser humano, pese a lo cual, ante la falta de certeza sobre dichos efectos (y también por las ventajas que los mismos trajeron para el tratamiento de enfermedades)

²⁴ Informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente. Lecciones tardías aprendidas de alertas tempranas. El principio de precaución 1896-2000. Riesgo tóxico: Protección ambiental, salud laboral y seguridad alimentaria. Universidad Complutense de Madrid, Curso de Verano. El Escorial, 30 de julio 2001. *Istas.net*. Recuperado el 14/04/2016 de <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=1864>.

recién después de un centenar de años desde que comenzó a utilizarse, el derecho empezó a controlar los cuidados que deben adoptar los individuos que se ven expuestos a los mismos.

De este modo advierte Bestani (2014) que el principio de precaución se impone en materia ambiental frente a la evidencia de los daños ambientales que provocó el mal manejo de la incertidumbre, vale decir, aquel que implicó no intervenir hasta tanto no se pruebe científicamente la certeza sobre la ocurrencia del daño.

4. Antecedentes normativos.

La doctrina mayoritaria (Andorno, 2002; Cordero Vega y Tapia, 2014; Loperena Rota, 1998; Romero Casabona, 2004; Seguí, 2012) enseña que la precaución, en materia ambiental, tiene su origen expreso en el derecho ambiental alemán, durante la década de los años setenta, para luego consagrarse en el plano internacional.

A nivel internacional, la precaución fue tenida en cuenta por diversos instrumentos internacionales, y de distintas formas, en algunos casos haciendo una simple referencia respecto a la adopción estatal de medidas precautorias (como lo hace el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, en el párrafo quinto de su preámbulo²⁵) en otros casos como criterio que deben adoptar los estados (como lo hizo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, en su principio número quince²⁶) o bien como enfoque a adoptar por los mismos (como lo estableció el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de biotecnología, en el párrafo octavo de su preámbulo²⁷) o simplemente aportando un significado de lo que debe entenderse por precaución (tal

²⁵ Preámbulo CVPCO, Párr. 5: “Teniendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono”

²⁶ Principio 15 CNUMA: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

²⁷ Preámbulo PCSB. Párr. 8: “Reafirmando el enfoque de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo”

como lo hace el Convenio de Viena sobre diversidad biológica, en el párrafo noveno de su preámbulo²⁸ o la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático²⁹).

Por otro lado, la precaución es incorporada como principio en el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes³⁰. Con el mismo carácter de principio, también la precaución es incorporada en nuestro derecho interno, en el citado artículo 4 de la ley general de ambiente, estableciendo expresamente que la interpretación y aplicación de la misma "...y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental...", está sujeta al referido principio que la citada ley incorpora estableciendo en el cuarto párrafo de su citado artículo 4 que: "...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."

Asimismo, dentro de nuestro derecho interno, el principio de precaución se vincula con el desarrollo sustentable que tal como se expuso en el capítulo anterior, consagra nuestra Constitución nacional en su artículo 41 (al disponer que "...las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras..."), en tanto, tal como señala Esain (2006) la precaución se refiere a la obligación de actuar pese a la incertidumbre, en caso de potenciales efectos nocivos futuros, derivados de actividades realizadas en el presente.

Asimismo, dentro de derecho interno, debe mencionarse a la ley 24375 (mediante la cual se aprobó el antes citado Convenio sobre diversidad biológica) a la ley 24295 (mediante la cual se aprobó la también citada Convención Marco de las

²⁸ Preámbulo CVDB, Párr. 9: "Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

²⁹ Art. 3 CMNUCC. Principios: 3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos.

³⁰ Art. 1 CECOP. Teniendo presente el principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes.

Naciones Unidas sobre Cambio Climático) o la ley 26.331, que incorpora expresamente el principio precautorio para la protección de los bosques nativos³¹.

5. Requisitos de aplicación.

5.1. Existencia de un riesgo.

Tal como surge de la definición antes apuntada, y siguiendo a Novelli y Tabares (2012) debe decirse que el primer requisito de aplicación del principio de precaución es la existencia de un factor de riesgo cuyo acaecimiento tiene la virtualidad de provocar un daño (en este caso al ambiente).

Asimismo, en relación a dicho riesgo, tal como se expondrá a continuación es exigencia de aplicación del principio, la incertidumbre científica respecto a la posibilidad de su concreción y la evaluación científica (pese a dicha incertidumbre) que fundamente cierta posibilidad de ocurrencia.

5.2. Incertidumbre científica.

Tal como se expuso previamente, la característica principal del principio precautorio es su actuación frente a la ausencia de certeza científica del carácter inofensivo para el ambiente de determinadas actividades o productos desarrollados por el ser humano, y la sospecha de su nocividad pese a dicha falta de certeza. (Loperena Rota, 1998, Seguí, 2012)

La falta de certeza o incertidumbre en el conocimiento alcanzado por la ciencia respecto al riesgo sujeto a análisis, se refiere no solo a la posibilidad de que el daño llegue o no a producirse (característico de la prevención, tal como será analizado a continuación) sino también a la relación de causalidad que puede existir entre la actividad o producto y un daño ambiental. (Cossari, 2011)

Vale decir que, como señalan Andorno (2002) y Drnas de Clement (2008) el

³¹ Art. 3 ley 26331. Son objetivos de la presente ley: inc. D. Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad.

principio de precaución permite actuar sobre una determinada actividad o producto, cuando científicamente no se comprobó todavía con exactitud y en forma indubitable y concluyente, la relación de causalidad entre los mismos y un posible daño al ambiente.

La incertidumbre en relación a dicha relación causal puede derivar de la ausencia de conocimiento científico acabado respecto al mismo agente dañino, a sus posibles efectos o la magnitud de los mismos. (Novelli y Tabares, 2012)

5.2. a. Diferencia con el principio preventivo.

El requisito de incertidumbre científica, propio del principio de precaución, permite distinguir a este último con el principio preventivo.

Tal como nos enseñan Andorno (2002) y Cossari (2011) la diferencia entre ambos principios se evidencia en el ámbito de la relación de causalidad, en tanto el principio de prevención resulta aplicable cuando entre la actividad o cosa y el daño, existe una relación de causalidad científicamente comprobada, pero no se sabe con certeza si en el caso concreto se va a concretar. Por el contrario, en el campo de acción del principio de precaución, la referida relación de causalidad no está científicamente comprobada aunque existen indicios (también fundados científicamente) respecto a la posibilidad de su concreción.

Vale decir que, conforme sostiene Cossari (2011) en el ámbito precautorio la incertidumbre es mayor que en el preventivo, ya que comprende no solo a la posibilidad de ocurrencia del daño en el caso concreto (también presente en la prevención) sino también a la relación de causalidad entre este y la actividad o producto sobre la que se procura aplicar el principio.

De allí que, si bien, tanto la prevención como la precaución actúan sobre riesgos, la primera lo hace sobre riesgos respecto de los que existe certeza científica comprobada, mientras que el riesgo sobre el que actúa la segunda es de carácter incierto, hipotético o dudoso. (Cafferatta, 2013)

5. 3. Evaluación científica del riesgo

Que el principio de precaución permita restringir o prohibir una actividad o producto pese a que no exista certeza científica sobre su relación causal con un daño ambiental, no implica que para su aplicación sea suficiente un mero temor (aunque se encuentre ampliamente difundido) o preocupación injustificada de dicho daño, sino que el temor debe ser fundado. (Berizonse, 2012; Falbo, 2006; Morales Lamberti, 2009)

Resulta por lo tanto necesaria la existencia de una sospecha fundada y atendible de daño, que dé lugar a un riesgo hipotético o potencial (por oposición al riesgo cierto que existe cuando media certeza científica). (Berizonse, 2012; Seguí, 2012)

Para que la referida sospecha pueda considerarse fundada (tal como señala el último de los autores citados) debe contar con respaldo de carácter científico, vale decir, que debe existir cierta valoración positiva de concreción del riesgo alcanzada por el conocimiento científico, ya que en caso contrario, se permitiría prohibir irracionalmente actividades por un mero temor no confiable.

Por lo tanto, pese a la ausencia de certeza sobre la concreción del daño, la ciencia debe aportar razones suficientes y serias para que pueda sostenerse como posible la relación causal entre la actividad que por aplicación del principio se restringe, y un determinado daño ambiental.

De allí que junto con la incertidumbre científica, conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina (Andorno, 2002; Cafferatta, 2004; Cossari, 2011; Novelli y Tabares, 2012; Orona, Giardina y Cimato, 2003) un segundo requisito de aplicación del principio de precaución es la evaluación científica del riesgo. Sin embargo, no existe coincidencia respecto del carácter autónomo de este requisito. En tal sentido, cierta doctrina minoritaria (Bestani; 2014; Drnas de Clement, 2008; Rodríguez, 2014) le niega dicho carácter, considerando que se trata de un elemento que se encuentra incluido dentro de la incertidumbre científica, en tanto para establecer que existe dicha incertidumbre es imprescindible una previa evaluación del riesgo que determine que no existe certeza respecto a sus posibilidades de ocurrencia, por lo que estiman que no es necesaria una nueva evaluación.

Sin embargo, junto con la doctrina mayoritaria apuntada, debe sostenerse que, aun luego de verificada la incertidumbre científica, resulta imprescindible a los fines

de la aplicación del principio de precaución, una evaluación científica destinada específicamente a fundamentar la sospecha de riesgo.

Sin embargo, no cualquier evaluación científica puede convertir la sospecha en fundada y atendible, sino que para ello dicha evaluación debe reunir ciertos requisitos. En tal sentido, Novelli y Tabares (2012) exigen en primer lugar que la referida evaluación sea objetiva, para lo cual es necesario que sea practicada por profesionales independientes y neutros respecto a los intereses económicos o políticos en juego.

En igual sentido Kemelmajer de Carlucci (2004) sostiene que quienes practiquen la evaluación científica del riesgo no deben encontrarse comprometidos con quien genera el riesgo objeto de análisis, sea desde un punto de vista económico o social.

En segundo lugar, se requiere que la evaluación científica sea transparente, proporcionando el conocimiento al que se vaya arribando en cada estado de la investigación, no solo al poder público sino a toda la comunidad, incluidos fundamentalmente los ámbitos sociales que podrían verse afectados por el riesgo que se analiza. (Novelli y Tabares, 2012)

En tercer lugar, tal como señalan los autores citados, es necesario que la evaluación científica sea lo más completa, actualizada y global que sea posible, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de su objeto de análisis, y que aconseje las medidas de protección que puedan adoptarse.

Asimismo, para la aplicación del principio bajo análisis, es imprescindible que evaluación científica arribe a un determinado nivel de conocimiento, no solo respecto al grado de posibilidad de concreción del daño, sino también respecto al nivel de gravedad que este puede tener. Dicho nivel de conocimiento no es la certeza ni la probabilidad derivada de una prueba concluyente, sino la plausibilidad o atendibilidad de la posibilidad de daño, de forma tal que sea científicamente defendible, y no fácilmente refutables. (Cossari, 2011; Drnas de Clement, 2008; Seguí, 2012)

Tal como señalan Peyrano (2014) y Novelli y Tabares (2012) de la evaluación científica debe resultar una duda razonable de la concreción del daño.

Conforme sostiene Cossari (2011) la evaluación científica (que haga aplicable la precaución) puede arrojar como resultado, la duda razonable de que de una determinada actividad, pueda derivar en el futuro un determinado daño todavía no

existente, o bien la duda razonable de que un daño ya existente, pueda tener su casusa en una determinada actividad. En el primer caso (señala el citado autor) la duda existe respecto a la relación de causalidad entre la actividad y el daño, mientras que en el segundo caso, se suma además la duda sobre la posibilidad misma de ocurrencia del daño.

La evaluación científica, constituye un primer paso para la aplicación del principio de precaución, cuyo segundo paso es la decisión de la autoridad política competente respecto a la medida a tomar, con fundamento en la referida evaluación. Solo preexistiendo la evaluación científica, la referida autoridad podrá hacer aplicación del principio sin incurrir en arbitrariedades infundadas. (Andorno, 2002)

Asimismo, solo frente a una evaluación científica practicada con los recaudos hasta aquí analizados, la respectiva autoridad competente podrá estimar, en base a los datos aportados, si se excedió el grado de riesgo que estima tolerable para la sociedad a los fines de adoptar medidas precautorias. (Plaza Martin, 2005)

En dicha estimación, según sostiene Seguí (2012) debe tenerse particularmente en cuenta la posible irreversibilidad del eventual daño, y la mayor dificultad o costo que implicaría una actuación posterior al daño (en caso de que este no sea irreversible).

5. 4. Gravedad e irreversibilidad del daño.

Pese a que cierta doctrina (Drnas de Clement, 2008) considera que la gravedad o irreversibilidad del daño no es un requisito esencial sino solo un parámetro para determinar la medida que corresponde adoptar, la doctrina mayoritaria (Berizonce, 2012; Cossari, 2011; Lorenzetti, 2008; Novelli y Tabares, 2012) considera que junto con la incertidumbre y la evaluación científica, un requisito imprescindible para la aplicación del principio bajo análisis, es el carácter grave o irreversible del daño que se sospecha en forma fundada. Así también expresamente lo exige la ley general de ambiente en su citado artículo 4.

El daño (en este caso, al ambiente) es irreversible cuando producido el mismo, la cosa dañada no puede ser restituida al estado anterior, tal como sucede por ejemplo cuando se dañan recursos naturales que no son renovables. (Cossari, 2011)

La gravedad el daño implica su gran magnitud (Novelli y Tabares, 2012) relevancia (Cafferatta, 2014) o entidad (Cossari, 2011) y es exigida, conforme sostienen Kemelmajer de Carlucci (2004) y Rodriguez (2014) ya que solo existiendo la misma se justifican sobre todo las restricciones o prohibiciones de actividades económicas, y no se configura una paralización infundada del desarrollo. El mismo fundamento debe predicarse respecto a la irreversibilidad del daño, vale decir, la imposibilidad o dificultad extrema de su recomposición.

A los fines de apreciar la gravedad, además de la referida irreversibilidad, Cossari (2011) sostiene que deben tenerse en cuenta distintos criterios, tales como la mayor expansión del posible daño (tanto desde el punto de vista geográfico, como del número de personas a las que puede afectar) la mayor proyección temporal que se espera del mismo, el bien que afectaría, y su mayor valor (como por ejemplo, la vida humana).

Cierta doctrina (Cafferatta, 2004) exige la presencia de ambas características (gravedad e irreversibilidad) en forma conjunta. Sin embargo, la doctrina mayoritaria (Berizonce, 2012; Cossari, 2011; Lorenzetti, 2008; Novelli y Tabares, 2012) coincide en que solo resulta necesaria para la aplicación del principio, la presencia de alguna de dichas características. Así también lo exige la ley 25675 en su citado artículo 4.

No obstante, Cossari (2011) y Segui (2012) señalan que la irreversibilidad del daño es indicativa de su gravedad, vale decir que siempre que el daño sea irreversible será necesariamente grave, o lo será en mayor medida. En cambio, no sucede lo mismo a la inversa, vale decir, que para que el daño sea grave no necesita ser irreversible.

No obstante, Andorno (2002) y Besalú Parkinson (2005) señalan, que la gravedad o irreversibilidad del daño tienen distinta incidencia en relación al riesgo exigible, a los fines de determinar las medidas a adoptar. En tal sentido, los citados autores consideran que si el daño pronosticado fundadamente es irreversible, menor será el riesgo exigible, vale decir que por más mínimo que sea el riesgo, corresponde adoptar medidas precautorias destinadas a evitarlo.

En tal sentido, Cossari (2011) sostiene que si bien frente a la ausencia de certeza sobre los posibles daños derivados de una actividad o producto, puede suceder que en ciertos casos la prudencia imponga que la adopción de medidas precautorias aguarde el avance del conocimiento científico respecto a los mismos, esto nunca

puede suceder cuando existe irreversibilidad en el daño sospechado, en cuyo caso, según el citado autor, no debe postergarse la tutela precautoria.

No obstante, advierte Cossari (2011) que dicha solución se justifica en la medida que se adopte un criterio adecuado para delimitar el concepto de irreversibilidad, que no sea excesivamente amplio, en tanto podría llevar a calificar como irreversible a casi la totalidad de los daños al ambiente, si se considera que toda mutación ambiental impide que se vuelva al estado exacto anterior a la misma. En cambio, advierte el autor, para que un daño pueda considerarse irreversible debe tener una incidencia en el ambiente de cierta entidad.

Dentro del concepto de irreversibilidad, conforme sostiene el citado autor, quedan comprendidos no solo los supuestos en los que resulta imposible recomponer el ambiente a su estado anterior al daño, sino también cuando la recomposición es excesivamente costosa o cuando solo puede producirse después de un lapso muy prolongado de tiempo.

Asimismo, Kemelmajer de Carlucci (2004) agrega que debe tenerse en cuenta la menor eficiencia que pueda tener la acción precautoria de adoptarse en el futuro.

Además de los tres requisitos hasta aquí analizados (vale decir, la incertidumbre científica, evaluación científica y la gravedad o irreversibilidad del daño sospechado) respecto a los cuales, tal como se apuntó, existe consenso en la doctrina, existen otros requisitos (tales como las características que deben poseer las medidas precautorias, o la inversión de la carga de la prueba, que serán analizados a continuación) que para cierta parte de la doctrina asumen el mismo carácter de requisito esencial de aplicación del principio bajo análisis (Rodríguez, 2014) mientras que para otros (Andorno, 2002; Cafferatta, 2004) se trata de elementos accesorios que implican solo particularidades en relación a la toma de decisiones administrativas o del proceso judicial en el que el principio se aplica.

6. Caracteres de la medida precautoria.

Tal como se sostuvo precedentemente, luego de la verificación (por parte de la comunidad científica) de una sospecha fundada respecto a la existencia de un posible

daño al ambiente, el paso siguiente en la tutela precautoria es la adopción de medidas de dicha naturaleza por parte de la autoridad competente, restringiendo o prohibiendo la actividad o producto de las que (se sospecha fundadamente) puede derivar dicho daño, a los fines de evitar su concreción o continuación (en caso de que el daño ya se haya hecho presente).

En tal sentido, la ley 25675, en su citado artículo 4 dispone que la falta de certeza científica en caso de riesgo de daño grave o irreversible: "...no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

La eficacia a la que el citado artículo se refiere, implica conforme sostienen Novelli y Tabares (2012) que la medida a adoptar, una vez detectado el riesgo potencial, debe ser idónea para reducirlo a un grado que pueda ser considerado tolerable o a eliminarlo si ello es posible y necesario.

Además de dicha idoneidad o pertinencia, los citados autores advierten que al adoptarse la medida precautoria debe tenerse en cuenta su eficiencia, vale decir, que sea posible de ser cumplida por parte del sector social al que se aplica.

Dichas medidas pueden implicar, conforme enseña Esain (2006) la prohibición o restricción de actividades o productos ya existentes, o que todavía no funcionan dentro de la sociedad.

Por lo tanto, puede llegar a interpretarse que las medidas precautorias implican, en cierta medida un freno al desarrollo o progreso. Sin embargo, tal como sostienen Novelli y Tabares (2012), dicho freno solo existirá en relación a casos particulares y extremos, cuando no exista otra posibilidad alternativa de realización de la actividad o producto potencialmente dañoso de que se trate, que reduzca dicha potencial dañabilidad y la haga compatible con la exigencia constitucional antes analizada de desarrollo sustentable.

De allí que, tal como sostienen los citados autores, la precaución no implica un freno al progreso, sino una forma de incentivar formas alternativas del mismo que no conlleven potenciales riesgos de daños al ambiente y sean compatibles con una adecuada protección del mismo.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Salas³²” sostuvo que “...La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.

En relación al contenido, conforme señalan Cossari (2011) y Kemelmajer de Carlucci (2004) la medida precautoria que se adopte debe ser precisa en cuanto al riesgo que procura evitar, la forma en la que se propone hacerlo, debiendo contener el fundamento científico (que verifica la sospecha) en el que se apoya.

En tal sentido, la jurisprudencia de la provincia de Córdoba, consideró arbitrario (dejándolo sin efecto) al cierre de un establecimiento ordenado por la Agencia Córdoba ambiente, en tanto la resolución de esta última que la dispuso, no contenía mención alguna respecto al daño concreto que procuraba evitar, su posible gravedad o irreversibilidad, ni tampoco mencionaba datos científicos relacionados con la incertidumbre del riesgo y el fundamento de la sospecha del mismo.³³

Por otro lado, la doctrina (Cierco Seira, 2004; Cossari, 2011; Lorenzetti, 2008; Novelli y Tabares, 2012) coincide como nota distintiva de las medidas precautorias a su carácter esencialmente provisorio y revisable, en tanto cada medida adoptada, debe ser supervisada periódicamente conforme a los nuevos datos que aporte la ciencia y la mutación que se produzca en las circunstancias del caso particular sobre el cual se aplican, y por ende adaptada en caso de que la incertidumbre existente al tiempo de su adopción vaya modificándose.

De allí que, según sostiene Lorenzetti (2008, p. 74) no existe cosa juzgada en materia de adopción de medidas precautorias, ya que “...no hay decisiones definitivas, sino parciales, experimentales, reorientadoras de la actividad”.

La doctrina (Cossari, 2011; Kemelmajer de Carlucci; 2004) también coincide respecto a que las medidas precautorias deben ser proporcionales al riesgo que

³² CSJN (26/03/2009) “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo” (Consid. 2º) *Saij.gob.ar*. Recuperado el 18/04/2016 de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacional-amparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf>

³³ Cam. CCCom, de Fam., y Trab de Marcos Juarez. (12/11/2009) “Paoloni, Ignacio Martín c. Agencia Córdoba Ambiente”, LLC 2010 (marzo), p. 151).

procuran neutralizar, debiendo escogerse, entre las distintas medidas posibles, la que razonablemente se presente como necesaria para evitar dicho riesgo, teniendo en cuenta siempre las particulares circunstancias del caso concreto.

Tal como sostiene Cossari (2011) para evaluar dicha proporcionalidad, siempre debe tenerse en cuenta la gravedad el eventual daño que el riesgo encierra, y para evaluar dicha gravedad, no es parámetro la mayor o menor certeza que se tenga respecto al riesgo. Vale decir, que si el daño que el riesgo encierra es leve, el mayor conocimiento que se tenga sobre dicho riesgo no habilita la imposición de una medida más gravosa, y a la inversa, frente a un daño grave, el escaso conocimiento que se tenga respecto a la certeza del riesgo no implica que deban adoptarse medidas menos gravosas.

Sin embargo, frente a un daño de menor entidad, si bien conforme al parámetro de proporcionalidad no debería imponerse, dentro de las distintas posibilidades, la medida más restrictiva, si puede ordenarse con mayor exigencia, la realización de evaluaciones científicas, por ejemplo exigiéndose su realización periódica cada cierto espacio de tiempo. (Cossari, 2011)

La proporcionalidad implica por lo tanto que no debe llegarse al caso extremo de prohibir la actividad o producto sobre los cuales se aplica la medida, si el daño eventual, es leve o puede neutralizarse a través de medidas menos gravosas. No obstante, tal como señala el autor antes citado, en la jurisprudencia nacional, es común la adopción de medidas (sobre todo judiciales) prohibitivas durante el proceso de evaluación científica del riesgo.

Así por ejemplo lo hizo la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse en la causa “Salas Dino³⁴”. En la referida causa, la Corte, con fundamento en el principio precautorio ordenó el cese inmediato y definitivo de talas indiscriminadas y desmontes de bosques nativos en departamentos de la provincia de Salta, hasta que se efectúe un estudio de impacto ambiental sobre el efecto de ambos procesos, vale decir de la tala y desmonte en forma conjunta, ya que las evaluaciones que se habían realizado antes de obtener la autorización para realizarlos, solo estudiaban los efectos de la tala y el desmonte en forma separada e individual.

³⁴ CSJN (13/12/2011) “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo” L.L. 2012-B , 190

También la doctrina (Andorno, 2002; Cafferatta, 2004; Cossari, 2011) incluye dentro del parámetro de proporcionalidad que deben tener las medidas precautorias, a su costo económico, en el sentido de que, entre las distintas medidas eficaces para neutralizar el riesgo de que se trate, se escoja aquella que represente un menor costo económico para la sociedad, y que esta pueda solventarlo.

Asimismo, Cafferatta (2004) sostiene que no solo debe tenerse en cuenta el costo económico, sino también el social, en tal sentido el autor grafica con el ejemplo de que si existen distintas medidas eficaces a adoptar, no debe escogerse aquella que implique una pérdida de muchos puestos de trabajo.

Por otro lado, y del mismo modo que se sostuvo previamente en relación a la evaluación científica, también en el momento de la adopción de las medidas precautorias, se exige la transparencia, en el sentido de que las autoridades que las adopten hagan públicos, no solo a las partes interesadas (vale decir las particularmente afectadas y beneficiadas por la medida) sino también a toda la sociedad en general, dando a conocer tanto el contenido de las medidas y su fundamento como el proceso mismo de toma de decisiones. (Andorno, 2002; Cafferatta, 2004; Cossari, 2011)

Tal como señala Andorno (2002) es un derecho de toda la sociedad, el de tener un adecuado conocimiento de los riesgos potenciales que afectan al ambiente, las razones científicas en que se fundan, como así también cuales son las acciones precautorias que las autoridades competentes adoptan para neutralizarlos.

La transparencia en las medidas a adoptar, conforme sostiene Kemelmajer de Carlucci (2004) impide que se adopten en forma discriminatoria y arbitraria medidas favorecedoras de determinados sectores, en tanto el precedente de medidas adoptadas anteriormente en situaciones similares, serán públicamente tenidas en cuenta como precedentes vinculantes de las posibles medidas a adoptar en una situación actual que deben guardar coherencia con dichos precedentes.

De allí que Novillo y Tabares (2012) señalan como otra característica que deben poseer las medidas bajo análisis, a su coherencia en relación a medidas adoptadas frente a situaciones análogas, como así también la no discriminación, vale decir, que no se proporcione un trato desigual a situaciones de riesgo potencial análogas.

Por otro lado, cierta doctrina (Bonamigo, 2010) también hace extensivo el requisito de la transparencia a los titulares de las actividades o productos

potencialmente riesgosos, en relación a la responsabilidad de difundir dichos riesgos.

7. Inversión de la carga probatoria.

Desde un punto de vista procesal, la doctrina también señala como característica del principio de precaución, o bien como efecto del mismo, a la inversión de la carga de la prueba.

Conforme señalan Andorno (2003) y Cossari (2011) el criterio tradicional en materia probatoria en el ámbito de la protección ambiental, es que solo pueden imponerse restricciones cuando la autoridad competente que la dispone, pruebe la certeza científica del riesgo de daño de la actividad o producto sobre el cual recae la restricción.

Sin embargo, se reconoce que en materia ambiental existe una particular dificultad probatoria debido a la complejidad de la misma, lo que lleva a que se produzcan modificaciones a las reglas tradicionales, o bien una flexibilización de las mismas. (Cafferatta, 2005)

En tal sentido, específicamente en materia precautoria del ambiente y por aplicación de lo que Peyrano (1997) denomina cargas probatorias dinámicas (vale decir aquella que desplaza la carga de la prueba a aquel que este en mejores condiciones de probar) la doctrina (Andorno, 2003; Andrada y Hernandez, 2011; Cossari, 2011; Novelli y Tabares, 2012) sostiene que se produce (o debe producirse) una inversión de la carga de la prueba, obligando a quien realiza la actividad o introduce el producto potencialmente nocivo, a probar la ausencia de dicha nocividad.

Vale decir, que conforme a esta postura doctrinaria, es este último quien debe aportar la prueba (de la inexistencia del riesgo potencial, o bien de la no gravedad o irreversibilidad del posible daño) y no quien alega la existencia de dicho riesgo.

También este criterio fue adoptado por la jurisprudencia de nuestro país. Así, por ejemplo lo dispuso la expresamente la Corte de Justicia de la provincia de Salta, en el fallo “Thomas” del año 2007³⁵.

Esta solución implica por lo tanto que en materia de precaución ambiental, la

³⁵ CJSalta (25/07/2007) “Thomas, Horacio c. Bocanera S.A.” (Consid. 8) LLNOA 2007 (octubre) , 892

prueba del daño potencial a cargo de quien lo alega, fue desplazada por la prueba de la inocuidad de la actividad o producto, a cargo de quien la realiza o introduce. (Catalano, 2007)

Algunos (Andorno, 2003; Lorenzetti, 2008) entienden, sin embargo, que dicha inversión no debe imponerse como regla general, sino que debe evaluarse su procedencia en cada caso concreto.

Otros en cambio, en sentido contrario, consideran que la inversión de la carga probatoria debe imponerse como regla general para todos los caso. En tal sentido Benjamin (2001) considera que dicha regla se impone en tanto quien introduce un riesgo potencial de daño grave e irreversible para el ambiente, obra antijurídicamente mientras no pruebe lo contrario.

Sin embargo, siguiendo la opinión de Drnas de Clement (2008) debe decirse en rigor de precisión, que no se trata concretamente de una inversión de la carga probatoria, en tanto la autoridad pública que pretenda restringir (o prohibir) la actividad o producto de que se trate, lo hará con fundamento en la previa prueba científica respecto a la potencialidad del daño. De allí que la prueba de aquel a quien se aplica dicha restricción, se dirige a desvirtuar la ya existente prueba sobre la potencialidad dañosa de la actividad o producto que el mismo pretende introducir.

Por otro lado, siguiendo a Andorno (2003) debe decirse que dicha prueba exigible al titular de la actividad o producto potencialmente dañoso, no implica tampoco que este deba probar acabadamente la inexistencia total de dicho riesgo potencial de daño, lo que dada la incertidumbre propia de la precaución resultaría contradictorio e imposible. En cambio, tal como sostiene el citado autor, la prueba exigible a dicho titular pretende lograr su participación en la investigación del riesgo a los fines de lograr el conocimiento más acabado posible sobre su potencialidad, cooperando con la prueba ya existente.

8. Conclusión parcial.

La precaución es incorporada dentro de nuestro derecho interno, por la ley 25675, como principio que debe regir la interpretación y aplicación de toda normativa ambiental, y que impone que el elemento característico de la precaución es esencialmente la incertidumbre científica, no solo respecto a la posibilidad de que

derive un daño ambiental de determinada actividad o producto, sino también respecto a la misma relación de causalidad entre tal actividad y el daño ambiental, lo que permite distinguirla de la prevención, en la que existe certeza respecto a dicha relación de causalidad, y la incertidumbre solo existe respecto a la posibilidad de concreción del daño en el caso concreto.

De allí que configuran elementos esenciales para que proceda la aplicación del principio de precaución, en primer lugar, la existencia de un factor de riesgo (cuyo acaecimiento tiene la virtualidad de provocar un daño al ambiente). En segundo lugar, la incertidumbre científica antes expuesta, vale decir, la insuficiencia del estado de conocimiento de la ciencia en relación a la posible relación causal entre una actividad y un daño ambiental, y en relación a la posibilidad de concreción de dicho daño.

No obstante la referida incertidumbre, la aplicación del principio requiere la existencia de cierta sospecha fundada (también científicamente) de ocurrencia del daño como consecuencia de una determinada actividad o producto, en caso contrario, se permitiría prohibir irracionalmente actividades por un mero temor no confiable. . De allí que junto con la incertidumbre científica, también es un elemento de aplicación del principio bajo análisis, una evaluación científica de la seriedad del riesgo, siempre que sea objetiva (vale decir, realizada por profesionales independiente de los intereses en juego que puedan existir) transparente (es decir, adecuadamente difundida) completa, que aconseje las medidas de protección que puedan adoptarse y que arribe como estado de conocimiento a la plausibilidad o atendibilidad de la posibilidad de daño, de forma tal que sea científicamente defendible, y no fácilmente refutable.

La referida evaluación científica, constituye un primer paso para la aplicación del principio de precaución, cuyo segundo paso es la decisión de la autoridad política competente respecto a la medida precautoria a tomar, con fundamento en dicha evaluación restringiendo o prohibiendo la actividad o producto de las que (se sospecha fundadamente) puede derivar dicho daño. Dichas medidas, a los fines de lograr el objetivo de evitar la concreción del daño potencial, deben ser idóneas para reducirlo, o si es posible eliminarlo. Además, las medidas precautorias deben ser precisas (en cuanto al riesgo que procura evitar, la forma en la que se propone hacerlo) revisables (vale decir, periódicamente supervisada conforme a los nuevos datos que aporte la ciencia) y proporcionales al riesgo que procuran neutralizar (lo que

implica que no debe llegarse al caso extremo de prohibir la actividad o producto sobre los cuales se aplica la medida, si el daño eventual, es leve o puede neutralizarse a través de medidas menos gravosas) y transparentes, a los fines de evitar falta de coherencia con situaciones análogas y por lo tanto discriminaciones arbitrarias.

Otro de los elementos que la doctrina considera esenciales para la aplicación del principio precautorio, es la gravedad o irreversibilidad del daño que el riesgo que se pretende neutralizar encierra, siendo suficiente solo una de dichas características. No obstante siempre que el daño sea irreversible (vale decir, que no permita recomponer el ambiente dañado a su estado anterior al daño) concurrirá asimismo la gravedad del daño, vale decir, su magnitud o entidad.

En materia de protección precautoria del ambiente, desde el punto de vista procesal, suele imponerse la inversión de la carga de la prueba, o en rigor de precisión, una cooperación del titular de la actividad o producto sobre el que se aplica la medida, para probar la inexistencia de riesgos potenciales al ambiente que deriven de las mismas, desvirtuando total o parcialmente la prueba del riesgo por parte de quien lo alega.

CAPÍTULO III

DEFICIENCIAS PROCESALES PARA LA SOLICITUD Y APLICACIÓN DE LA TUTELA PRECAUTORIA DEL AMBIENTE.

1. Introducción.

Analizado en el capítulo anterior, el principio de precaución, en el presente capítulo se analizan las vías procesales preventivas que se utilizan para solicitar la tutela precautoria, dada la ausencia en nuestro régimen legal, de vías procesales propias de esta última.

Asimismo, se analiza en el presente capítulo, la reacción de la jurisprudencia frente a la incompatibilidad de las vías procesales de dichos distintos tipos de tutela (en algunos casos flexibilizando los requisitos de admisibilidad de las vías procesales preventivas, y en otros, rechazando planteos precautorios intentados a través de estas últimas) A partir de dicho examen, se analizan finalmente las deficiencias procesales para la solicitud y aplicación de la tutela precautoria del ambiente.

2. Vías procesales preventivas utilizadas para la tutela precautoria.

Pese al reconocimiento legal expreso de la tutela precautoria ambiental (tal como se expuso en el capítulo anterior) en nuestro régimen vigente, dicha tutela no cuenta con vías procesales propias de acceso a la jurisdicción.

Frente a dicha ausencia, la practica determinó que las solicitudes de protección ambiental precautoria, se encaucen a través de las vías procesales propias de la tutela preventiva, fundamentalmente a través de la acción de amparo y de las medidas cautelares, que serán analizadas a continuación.

Sin embargo, tal como se expuso en el capítulo anterior, la precaución, si bien, al igual que la prevención, actúa sobre riesgos, lo hace (a diferencia de aquella) sobre riesgos inciertos o dudosos y no ciertos.

Esta diversidad de ambas tutelas, y por lo tanto, la incompatibilidad de las vías procesales preventivas para solicitar tutelas precautorias, fue resuelta por cierta jurisprudencia, que, tal como se expondrá a continuación, fue flexibilizando los requisitos de admisibilidad de aquellas, reformulándolos a los fines de permitir su utilización situaciones merecedoras de tutela precautoria. (Sozzo y Berros, 2011)

2. 1. Acción de amparo.

La acción de amparo, reconocida expresamente por nuestra constitución nacional³⁶ a partir de la reforma de 1994, es caracterizada por la misma como una acción rápida y expedita, que puede interponerse (cumpliéndose los requisitos de admisibilidad que se analizarán a continuación) siempre que no exista una “...vía judicial más idónea...” que permita la protección solicitada.

Las características de rápida y expedita que la constitución atribuye a dicha acción implican en primer lugar, su capacidad para tutelar el derecho cuya protección se solicita, en forma oportuna, no admitiendo, tal como señala Quiroga Lavié (2009) obstáculos procesales que atenten contra dicha rapidez, tales como la tramitación previa de excepciones, o la interrupción de su trámite (mediante incidentes) o de la ejecución de la sentencia que se dicte en función de la misma (a través de recursos de apelación).

Asimismo, las características reseñadas implican que solo puede solicitarse a través del amparo cuestiones que no requieran de un amplio debate y prueba. (Catalano, 2008, Prat, 2013)

2.1. a. Requisitos de admisibilidad.

El citado artículo 43 de la Constitución nacional dispone expresamente que la acción de amparo procede contra conductas (comisivas u omisivas) tanto de autoridades públicas como de particulares, que “...en forma actual o inminente

³⁶ Art. 43 CN. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”

En relación a las formas de afectación del derecho o garantía, el citado artículo se refiere expresamente a la lesión, restricción, alteración o amenaza.

Cierta doctrina (Sagüés, 1995) considera que el citado artículo constitucional establece en definitiva dos formas de afectación, la lesión y la amenaza, en tanto la lesión es un concepto amplio que comprende a la restricción y a la alteración.

No obstante, Quiroga Lavié (2009) enseña las diferencias que existen entre dichos tipos de afectación. En primer lugar, en relación a la lesión, el autor señala que si bien es la forma más amplia de afectación, dentro de la cual quedan comprendidas la restricción y la alteración, implica específicamente un perjuicio que afecta totalmente al derecho cuya protección se pretende, impidiendo de manera absoluta su ejercicio. En cambio, conforme señala el mismo autor, la restricción y la alteración son afectaciones del derecho que respectivamente lo limitan (impidiendo de manera parcial su ejercicio) o modifican, sin impedir su ejercicio de manera absoluta.

La amenaza, por su parte se refiere a una lesión próxima a ocurrir. (Quiroga Lavié, 2009).

La Constitución exige que la afectación sea actual o inminente. La actualidad, se vincula con las primeras formas de afectación del derecho (vale decir, la lesión, restricción o modificación), mientras que la inminencia se vincula con la amenaza. Sin embargo, la actualidad también implica que tanto la lesión como la amenaza deben subsistir al momento de dictarse sentencia. (Carnota y Marianello, 2008)

La actualidad de la lesión (como opuesta a la amenaza) implica que debe encontrarse en curso de ejecución, y no haber cesado. (Quiroga Lavié, 2009)

La inminencia de la amenaza implica que esta debe presentarse como próxima a concretarse en el tiempo. (Carnota y Marianello, 2008)

La doctrina mayoritaria (Carnota y Marianello, 2008; Canda, 2012; Hiruela de Fernández, 2002; Quiroga Lavié, 2009; Sagüés, 1995) exige además de la inminencia, que la amenaza de lesión sea cierta o indudable e ineludible, no bastando para que proceda la acción la mera sospecha infundada o hipotética.

Asimismo, Canda (2012) sostiene que en caso de amenaza de lesión, la acción de amparo requiere una situación de urgencia, en donde el paso del tiempo haría la reparación ilusoria. No obstante aclara que la pretensión del amparo se circunscribe a

la solicitud de cese de la afectación o su impedimento (en el caso de amenaza) no siendo procedente para solicitudes resarcitorias.

Conforme lo exige la norma constitucional bajo análisis, la afectación del derecho cuya tutela se pretende mediante el ejercicio de la acción, debe ser ilegal o arbitraria, de manera manifiesta.

Tal como surge del texto constitucional, no es necesaria la presencia de ambas características sino de solo una de ellas. Si bien todo acto ilegal puede considerarse arbitrario, no es así a la inversa.

La definición del acto ilegal no presenta dificultades, en tanto implica, tal como la palabra lo indica, su contrariedad con la ley. Distinto es el caso de la arbitrariedad, que implica un concepto más amplio. La doctrina mayoritaria (Carnota y Maraniello, 2008, Catalano, 2009; Quiroga Lavié, 2009) identifica a la arbitrariedad con la irrazonabilidad. En relación a este último concepto, Carnota y Maraniello (2008, p.149) sostienen que debe considerarse razonable “...todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo”.

Por otro lado, no basta la mera ilegalidad o arbitrariedad de la afectación para que proceda la acción de amparo, sino que la Constitución nacional exige que ambas sean manifiestas, es decir, ostensibles o evidentes. Vale decir, que para que proceda el amparo, es necesario que la arbitrariedad o ilegalidad resulten fácilmente apreciables, sin requerir investigación por parte del juez, sino una simple evaluación superficial por parte del mismo que la revele. (Catalano, 2009; Díaz, 2001; Palacio, 1995)

Esto implica, conforme sostiene Sagüés (1995) que al actor le incumbe la carga de precisar la ilegalidad o arbitrariedad del derecho afectado, de forma tal que la ostensibilidad de las mismas se ponga de manifiesto con claridad, sin necesidad de mayores investigaciones durante el proceso.

Asimismo, Canda (2012) sostiene que no solo la arbitrariedad o ilegalidad del acto debe resultar ostensible sino también la afectación al derecho cuya tutela se pretende.

Este requisito se vincula con la limitación del debate y de la prueba que caracterizan al remedio excepcional y rápido del amparo. En tal sentido, la ley 16986, reglamentaria de la acción de amparo establece que dicha acción no es admisible cuando para determinar la ilegalidad o arbitrariedad del acto resulte necesaria: “...una mayor amplitud de debate o de prueba...” (Artículo 2 inciso d).

Al respecto, la doctrina (Canda, 2012; Carnota y Maraniello, 2008; Díaz, 2001; Sagüés, 1995) señala que la acción de amparo no procede cuando se trate de cuestiones (fácticas o jurídicas) que resulten opinables, controvertidas, o ambiguas o que requieran de la producción de mayor prueba para su acreditación.

2.1. a. i. Flexibilización jurisprudencial en materia de tutela precautoria. Amparo.

Tal como sostiene Peyrano (2014) la vía procesal preventiva más utilizada para solicitar tutelas precautorias, es la acción de amparo.

Sin embargo, el requisito de la certeza e inminencia de la amenaza que requiere la acción de amparo, es incompatible con la falta de certeza que, tal como se expuso en el capítulo anterior, caracteriza a la precaución. Asimismo, el requisito de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, puede no estar presente frente a un riesgo ambiental incierto merecedor de tutela en virtud del principio de precaución.

No obstante, tal como se sostuvo precedentemente, cierta jurisprudencia se ocupó de flexibilizar los requisitos de procedencia de la referida acción, a los fines de permitir su utilización situaciones merecedoras de tutela precautoria.

Dicha flexibilización se observa, por ejemplo en la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa “M.M. y otros”³⁷.

En la citada causa, los actores interponen acción de amparo contra el propietario de un fundo colindante al complejo de viviendas en el que aquellos habitan, solicitando que este cumpla con las medidas solicitadas en relación a la utilización de agroquímicos en dicho fundo (aplicarlos a determinada distancia del complejo habitacional y la colocación de un cerco vivo para neutralizar la contaminación proveniente de su utilización) alegando que la fumigación practicada por el demandado causó daños en sus cuerpos y en el ambiente.

Frente al rechazo de la acción por parte del juez de grado, y la confirmación de dicho rechazo por parte de la Cámara, los amparistas interpusieron recurso extraordinario ante el máximo tribunal provincial.

La Cámara interviniente fundó su rechazo en la falta de concurrencia de los

³⁷ SCBuenosAires (08/08/2012) “M. M. C. y otro s/ Amparo” L.L. 2012-F, 278

presupuestos de procedencia de la acción (lesión actual o inminente y la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto).

Al respecto, la Cámara concluyó que no concurría en el caso el requisito de lesión actual o inminente, por considerar que, no se logró probar un daño cierto y concreto al cuerpo de los accionantes o al ambiente, pese a que de ciertas testimoniales resulta la evidencia de cierta sintomatología de afectación, ya que ello no resulta suficiente para probar dicha lesión.

Por su parte, en relación al segundo requisito antes citado, la Cámara considero que aun teniendo por cierto, conforme alegó el actor, que la fumigación se realizó sin la correspondiente habilitación municipal, no resultaba materia de debate la sanción municipal correspondiente a dicha infracción, más aun cuando no se logró acreditar perjuicio alguno, restando (a mi criterio) relevancia a la correcta evaluación de la ilegalidad como presupuesto de la acción.

Llegado el caso ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, esta desestimó ambos argumentos de la Cámara, dando lugar a la acción.

En relación al requisito de la lesión actual o inminente, el máximo tribunal provincial consideró que la Cámara, al exigir la prueba de una lesión cierta, no aplicó correctamente el bloque normativo aplicable al caso, por tratarse de un amparo de naturaleza ambiental, cuya legislación protectora regula expresamente el principio de precaución. En función de este principio, consideró el tribunal que no debió exigirse la prueba de la certeza de una lesión ya ocurrida, sino la existencia de un peligro inminente de daño potencial, lo que el tribunal consideró acreditado en la causa, en base a la prueba aportada (tales como informes y testimonios).

En base a dicho argumento, el tribunal consideró que cuando la materia que se pretende tutelar a través del amparo es de naturaleza ambiental, (y debido a la legislación protectora de la misma, particularmente del principio de precaución que esta consagra) debe flexibilizarse el requisito de certeza de la lesión, que tradicionalmente se exige para que proceda la acción de amparo, sustituyéndola por la prueba de un peligro inminente o de daño potencial al derecho cuya tutela se reclama.

Asimismo, concluyó el tribunal que la falta de certeza respecto a la dañosidad al ambiente derivada de un acto determinado, no puede implicar un obstáculo para obtener la protección urgente que la acción de amparo habilita, cuando la incertidumbre recaiga sobre la posibilidad fundada de daños al ambiente o a la salud.

Una resolución similar, adoptó el mismo tribunal años después de la citada causa, en el caso “ASHPA”³⁸ En dicha causa, la Asociación Civil Centro de Educación Agropecuaria (A.S.H.P.A), promueve acción de amparo contra el titular de un predio a los fines de que se ordene a éste el cese de tareas de fumigación en dicho predio. El amparo es rechazado en primera instancia por el Juzgado de Garantías en lo Penal N° 3 del Departamento Judicial de La Plata. Dicho rechazo es confirmado por La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de La Plata, por considerar dicho tribunal que no se cumplían en el caso los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de amparo.

Para arribar a dicha conclusión la Cámara consideró que no se registraba en el caso la lesión actual o inminente requerida por el amparo, al haberse probado que el demandado había cesado en las tareas de fumigación, y que ordenar la omisión de fumigaciones futuras carecía de sustento. Asimismo, consideró la Cámara que tampoco se encontraba presente en el caso el requisito de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta propio del amparo, en tanto no se probó que el producto utilizado para las tareas de fumigación estuvieran prohibidos por la legislación vigente.

Llegado el caso ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, esta revocó la sentencia de la Cámara y estableció que se ordene al demandado la abstención de futuras tareas de fumigación. Para arribar a dicha resolución la Suprema Corte provincial consideró que tratándose de un amparo interpuesto en protección del ambiente, debe flexibilizarse el requisito de la existencia de lesión actual o inminente propio del amparo. De este modo la Corte entendió que en relación al referido requisito, no debe exigirse la existencia de certeza de daño, sino que basta para ordenar la abstención de actividades, la duda razonable de peligrosidad, (que dicho tribunal consideró probada en el caso), siempre que dicha incertidumbre se refiera al peligro de daño grave al medio ambiente.

2. 2. Medidas cautelares.

³⁸ SCBuenosAires (17/06/2015) “ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley” *Jursoc.unlp.edu.ar* Recuperado el 27/05/2016 de http://www.jursoc.unlp.edu.ar/images/banco_fotos/extension/FalloSupremaCortedeJusticia.pdf

Las medidas cautelares son aquellas que tienden a “... impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, al cual acceden, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. (Palacio, 2003, p.771)

Vale decir, a través de las medidas cautelares se procura asegurar la efectividad de la tutela solicitada en el proceso principal. (Sosa, 2010)

2. 2. a. Requisitos de admisibilidad.

Tal como enseña Palacio (2003) son presupuestos de las medidas cautelares, la verosimilitud del derecho ventilado en el proceso principal al cual acceden, el peligro de que la efectiva protección de dicho derecho se vea afectado por el tiempo que debe transcurrir hasta la finalización del proceso principal y el otorgamiento de contracautela por parte del solicitante.

Este requisito no implica que se deba acreditar con certeza el derecho cuya protección se discute en el proceso principal, lo que ocurre solo dentro del ámbito de este último. (Cannata, 2016)

Sin embargo, y fundamentalmente debido a que las medidas cautelares se ordenan sin dar intervención previa a la parte contraria³⁹, aun cuando no se exija la prueba de la certeza, tampoco resulta suficiente la mera posibilidad, sino que debe acreditarse para la obtención de la medida, la verosimilitud del derecho, vale decir, en términos de Podetti (1956) un grado de probabilidad alto sobre su existencia.

En tal sentido, sostiene Sosa (2010) que la verosimilitud del derecho que constituye el presupuesto de las medidas cautelares, es la apariencia de su certeza, en base a un conocimiento superficial que lleve al juez al convencimiento de su factibilidad, vale decir, de su reconocimiento en la sentencia principal.

³⁹ Art. 198 CPCCN. Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora. La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

El peligro en la demora, implica que quien solicite la medida debe acreditar la posibilidad de que la pretensión ventilada en el proceso principal resulte irrealizable debido al transcurso del tiempo que insume la tramitación de este último para arribar a una resolución definitiva, o que una vez obtenida dicha resolución, no sea posible su ejecución. (Podetti, 1956, Martínez Botos, 1990; Sosa, 2010)

La contracautela es la caución que se exige a quien solicita la medida, destinada a resarcir a la contraparte los daños y perjuicios que puedan resultar de su concesión⁴⁰. (Palacio, 2003)

La doctrina (Cannata, 2016; Sosa, 2010) coincide en que los referidos presupuestos se encuentran en relación inversamente proporcional, en el sentido de que a mayor fundamento de uno de ellos, menor será el requerido para los restantes.

3. Flexibilización jurisprudencial en materia de tutela precautoria. Medidas cautelares.

Del análisis anterior, de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares (fundamentalmente el de la verosimilitud del derecho) puede advertirse su incompatibilidad con una pretensión precautoria, en virtud de la falta de certeza que caracteriza a esta última.

No obstante, al igual que lo sucedido en relación a la acción de amaro, también dentro del ámbito de las medidas cautelares, se verifica en la jurisprudencia la flexibilización de sus requisitos de procedencia, a los fines de encauzar una protección precautoria. (Sozzo y Berros, 2011)

En tal sentido, resulta de interés el fallo pronunciado por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos

⁴⁰ Art. 199 CPCCN. La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208. En los casos de los artículos 210, incisos 2 y 3, 212, incisos 2 y 3, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar. El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica.

Aires, en la causa “Uyemas Héctor Ubaldo c. GCBA sobre Amparo ”⁴¹.

En la referida causa, en el ámbito de una acción de amparo, el actor solicita que se disponga una medida cautelar a los fines de que la demandada, Telecom SA, desconecte la antena de telefonía celular colocada por dicha empresa en un edificio. El tribunal concedió la medida, considerando que los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela que dicha medida exige, deben verse acotados en el ámbito de riesgos ambientales.

En tal sentido, sostuvo el tribunal, que el peligro en la demora debe considerarse siempre presente de manera implícita en materia ambiental.

Asimismo, entendió dicho tribunal que la verosimilitud del derecho no debe evaluarse con rigurosidad, debiendo admitirse el otorgamiento de medidas cautelares, bajo el imperio del principio de precaución, aunque no exista certeza científica sobre la concreción de los daños que se pretenden evitar.

4. Otras vías procesales susceptibles de ser aplicadas para la tutela precautoria del ambiente.

Frente a la apuntada ausencia de regulación de vías procesales propias de la tutela precautoria, tal como se desprende de los apartados anteriores, esta se encausó fundamentalmente a través de los mecanismos preventivos del amparo y las medidas cautelares. Asimismo, la doctrina destaca, como otra vía procesal preventiva susceptible de ser utilizada para encausar una pretensión precautoria, a las medidas autosatisfactivas.

Peyrano (1999, p.13) define a dichas medidas autosatisfactivas, como el “... requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota- de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.

Dichas medidas no cuentan con regulación expresa a nivel nacional, sin embargo, la doctrina (como así también cierta legislación provincial, que las regula

⁴¹ JCAyTN°12CABA. “Uyemas Héctor Ubaldo c. GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)” del 13/09/2007. Recuperado el 26/05/2016 de <https://elcable.files.wordpress.com/2007/09/fallo-antena-gobierno.doc>

expresamente, como la de la provincia de Chaco⁴²) señala como requisitos de procedencia de las mismas, en primer lugar, al peligro de daño inminente e irreparable, derivado de actos contrarios a la ley. (Vargas, 1999)

En segundo lugar, tal como señalan Peyrano y Eguren (2006) también constituye requisito de dichas medidas, que la solicitud se circunscriba exclusivamente a la cesación del acto generador del peligro, y no pretenda declaración de un derecho o el resguardo futuro de la ejecución de su reconocimiento (como ocurre con las medidas cautelares).

Finalmente, la doctrina (Peyrano y Eguren, 2006) señala como requisito de las medidas autosatisfctivas, a la existencia de una probabilidad de daño fuerte, superior a la verosimilitud exigida en las medidas cautelares. En tal sentido, el Código procesal de la provincia de Chaco recién citado exige la probabilidad cierta.

Dicha certeza, por lo tanto, ubica a las medidas dentro del ámbito específicamente preventivo (distinto, tal como se analizó en el capítulo anterior, al precautorio) Dentro de dicho ámbito, por ejemplo el Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Instrucción Nro. 1 de Puerto Deseado, haciendo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada por la provincia de Santa Cruz, ordenó a la prefectura naval argentina a la remoción de un buque que se hallaba abandonado en un puerto ubicado dentro de dicha provincia, en tanto considero

⁴² Artículo 232 bis CPCC de Chaco: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, este podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedaran sujetas al régimen que a continuación se describen: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración Judicial de derechos conexos o afines; c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prorrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

probada la existencia del peligro altamente probable de afectación ambiental, que ocasionaría el hundimiento de dicho buque.⁴³

Asimismo, dentro del ámbito preventivo, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente introduce en su artículo 1711, a la acción preventiva, como instrumento procesal previsto particularmente para lograr dicha tutela, cuando “...una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...”.

5. Deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela precautoria del ambiente. Necesidad de regulación de vías procesales específicamente precautorias.

Tal como surge del análisis previamente expuesto, el requisito de la previsibilidad de la acción preventiva regulada por el Código Civil y Comercial vigente, o la fuerte probabilidad exigida por las medidas autosatisfactivas, no resultan compatibles con la ausencia de certeza propia de las situaciones merecedoras de precaución.

Por otro lado, si bien (tal como se expuso previamente) cierta jurisprudencia se ocupó de flexibilizar los requisitos de admisibilidad de otras vías de tutela preventiva, tales como el amparo y las medidas cautelares, el principio precautorio tiene características propias que difieren del preventivo. Por lo tanto, dichas diferencias pueden dar lugar a que la vía procesal utilizada sea considerada inadmisibile, por no resultar idóneo el medio procesal elegido. (Sozzo y Berros 2011)

En la jurisprudencia nacional se registran rechazos de solicitudes precautorias intentadas por medio de vías procesales preventivas.

En tal sentido se ubica, por ejemplo la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en la causa “Castellani”⁴⁴.

En la citada causa, se interpone una acción de amparo a los fines de que se erradiquen antenas de telefonía celular dentro de la ciudad de Oncativo, de la

⁴³ JCivComLabMineriyInstrucPuertoDeseado. N.1 (06/08/2004) “Provincia de Santa Cruz” LLPatagonia 2005 (abril), 953

⁴⁴ TSCordoba (11/03/2003) “Castellani, Carlos E. y otros” L.L.C 2003 (octubre), 1097.

provincia de Córdoba, hasta que científicamente pueda comprobarse su inocuidad para el ambiente y la salud humana, alegando la afectación de los derechos constitucionales a un ambiente sano y a la salud.

El Juez de primera instancia rechazó la acción de amparo, resolución que, apelada ante la Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, fue confirmada, dando lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad de los amparistas, que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, que confirma el rechazo de la acción de amparo.

Para arribar a dicha resolución, el máximo tribunal provincial, luego de desarrollar un análisis de los requisitos de procedencia para la acción de amparo, puso de manifiesto la falta de cumplimiento dichos requisitos en la presente causa. En tal sentido, el tribunal analizó en primer lugar el requisito de la lesión actual o inminente, disponiendo que para la procedencia de la acción debe existir, una lesión en curso o bien una amenaza inminente, siempre que esta última sea de ocurrencia ineludible, vale decir, que sea cierta y no una mera sospecha.

Luego de dicho análisis el tribunal concluyó que en la causa, no se encuentra cumplido dicho requisito, en tanto, de la prueba aportada a la misma, no surge la certeza respecto a los posibles daños que las antenas telefónicas puedan causar a la salud o al ambiente, sino la existencia de incertidumbre científica sobre dicha dañosidad. De este modo, consideró el tribunal que solo tornaría procedente la acción de amparo, un estudio científico concluyente que proporcione la certeza requerida por la misma.

Si bien hasta aquí el tribunal hace un análisis estrictamente procesal y formalista (en el sentido del estricto cumplimiento de los recaudos formales, interpretados además con un criterio restrictivo) luego el tribunal introduce argumentos que a mi juicio parecerían directamente desconocer la lógica precautoria vigente en nuestro régimen actual, tal como se expuso en el capítulo anterior. En tal sentido, señaló el tribunal que el riesgo de dañoso es común a toda actividad social (como por ejemplo la conducción de un automóvil) lo que conduciría (de aceptarse la lógica propuesta por los accionistas) a la prohibición de casi la totalidad de las mismas. Asimismo, el tribunal puso de relieve la relevancia de las referidas antenas para el funcionamiento de la sociedad actual, cuya erradicación solo se justificaría frente a la certeza de daño. Incluso, frente a dicha certeza, postuló el tribunal que

previo a la prohibición total, debe evaluarse la capacidad de medidas de seguridad cuyo cumplimiento pueda erradicar la potencialidad dañosa.

Seguidamente, el máximo tribunal provincial analizó como segundo requisito de procedencia de la acción de amparo (a los fines de evaluar su concurrencia en la causa) a la arbitrariedad o ilegalidad del acto, poniendo de manifiesto, que por imperativo constitucional, dichas características deben presentarse de manera ostensible, vale decir, fácilmente advertibles a partir de una evaluación jurídica superficial por parte del juzgador, no requiriendo por lo tanto un amplio debate y prueba, y siendo por lo tanto el accionante el que debe aportar lo conducente a evidenciar con claridad la ostensibilidad de la afectación.

Al igual que lo sucedido respecto al requisito anterior, y en base a argumentos similares a los anteriormente expuestos, el tribunal también considero que esta condición de procedencia de la acción de amparo no se encontraba presente en la causa, bajo el fundamento de la ausencia de prueba fehaciente respecto al daño que las antenas de telefonía celular puedan causar, en violación a los derechos constitucionales a la salud o al ambiente.

En base a la falta de concurrencia de los requisitos mencionados, el tribunal resolvió que la acción excepcional de amparo no constituyó un medio idóneo para encauzar la pretensión de los amparistas, por involucrar afectaciones opinables, que requieren de mayor debate y prueba dada la falta de consenso científico sobre el efecto nocivo alegado por aquellos. Dicha falta de consenso, a criterio del tribunal, excedía las alternativas probatorias que el remedio procesal bajo análisis proporciona a los accionistas, los que no lograron tampoco demostrar la certeza evidente de la dañosidad alegada.

Por otro lado, también puede advertirse el rechazo de reclamos precautorios intentado a través de vías preventivas, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido se pronunció dicho máximo tribunal en la causa “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá”⁴⁵.

En la citada causa, el intendente de la municipalidad de Ituzaingó, provincia de Corrientes, interpuso ante el Juzgado Federal de dicha provincia, acción de amparo

⁴⁵ CSJN (23/11/2004) “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá” L.L. 2005-B, 725.

contra la Entidad Binacional Yacyretá. Esta entidad se crea a través del tratado de Yaciretá, firmado en el año 1973⁴⁶ entre los representantes de Paraguay y Argentina, a los fines de gestionar “...el aprovechamiento hidroeléctrico y el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná a la altura de la isla Yacyreta”⁴⁷.

A través de la acción de amparo, la parte actora solicita que se impida la elevación de la cota del embalse Yacyretá, (mientras la demandada no obtenga aprobación de los correspondientes estudios de evaluación de impacto ambiental) por considerar que ello podría producir el desborde del lago Yacyretá, lo que podría ocasionar daños ambientales.

Frente a la declaración de incompetencia por parte del juez federal interviniente, por considerar que el pleito era de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia, y llegada la causa a dicho máximo tribunal, este rechazo expresamente la acción de amparo.

Como fundamento de dicha resolución, la Corte sostuvo que la referida acción es un remedio que procede excepcionalmente, cuando exista una lesión actual o inminente concreta, respecto de la que se tenga conocimiento cierto, lo que a juicio del tribunal no estaba presente en la causa.

Al respecto, el tribunal sostuvo que surge de la causa (incluso de los propios alegatos de la parte actora) que no existe coincidencia en el conocimiento científico, respecto al posible daño cuya concreción se pretende evitar con la demanda. Por lo tanto, y considerando que no existía en el caso la certeza que la acción exige, la Corte se pronunció rechazando la misma.

Tal como se advierte luego del análisis expuesto, pese a los intentos de cierta jurisprudencia por adecuar los requisitos de admisibilidad de las vías procesales preventivas, para dar lugar a reclamos precautorios por ellas intentados, la tutela precautoria, difiere (tal como se expuso en el capítulo anterior) de la preventiva.

⁴⁶ Art. 3 T. Yaciretá. A los efectos previstos en el Artículo I, las Altas Partes Contratantes constituyen, en igualdad de derechos y obligaciones, una entidad binacional denominada YACYRETA con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también responsabilidad técnica para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tiene por objeto, ponerlas en funcionamiento y explotárlas como una unidad desde el punto de vista técnico económico.

⁴⁷ Art. 1 T. Yaciretá. Las Altas Partes Contratantes realizarán, en común y de acuerdo con lo previsto en el presente Tratado, el aprovechamiento hidroeléctrico, el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del Río Paraná a la altura de la isla Yacyretá y, eventualmente, la atenuación de los efectos depredadores de las inundaciones producidas por crecidas extraordinarias.

Esta diversidad dio lugar a que en muchos casos las solicitudes precautorias (a través de vías procesales preventivas) sean rechazadas por la jurisprudencia, tal como surge de los fallos previamente expuestos.

De allí que para la efectiva tutela del principio precautorio, y para el resguardo de la seguridad jurídica (dada la disparidad de criterios jurisprudenciales) resulta necesario que se regulen legalmente vías procesales de acceso a la jurisdicción que le sean propias, y que se adecuen a la falta de certeza que lo caracteriza.

6. Conclusión parcial.

La ausencia de regulación de vías procesales de acceso a la jurisdicción de las situaciones que precisan de tutela ambiental precautoria, dio lugar a que estas se soliciten a través de las vías pertenecientes a la tutela preventiva, tales como el amparo y las medidas cautelares. Paralelamente, y a los fines de lograr dicha utilización, la jurisprudencia fue flexibilizando los requisitos de admisibilidad de las vías preventivas, para adecuarlas a las solicitudes precautorias.

Sin embargo y pese a dicho intento de flexibilización, subsiste en nuestro régimen la incompatibilidad de los requisitos de admisibilidad de las vías procesales preventivas, con la falta de certeza característica de la precaución, lo que dio lugar a que en muchos casos sean rechazados los planteos precautorios intentados por dichas vías.

De allí que, resulta imprescindible, para la efectiva tutela del principio precautorio (y para el resguardo de la seguridad jurídica) la regulación legal de vías procesales de acceso a la justicia que le sean propias, y que se adecuen con la falta de certeza que lo caracteriza.

CONCLUSIÓN FINAL

La preocupación por la protección del ambiente (vale decir, de aquel sistema compuesto no solo de elementos naturales sino también artificiales o culturales, cuya interrelación posibilita la existencia y desarrollo de los organismos vivos que lo componen, dentro del cual debe incluirse al ser humano) se manifestó constitucionalmente en Argentina con la reforma constitucional de 1994.

A partir de dicha reforma se incorpora a través del artículo 41 de la Constitución nacional, el derecho de todo habitante de la nación a un ambiente sano (vale decir que posea todos los elementos naturales propios que proporcionen salud al ser humano que habita en el mismo) equilibrado (vale decir, cuyos elementos se encuentren en armonía) y apto para el desarrollo humano, imponiendo asimismo a todos los titulares de dicho derecho y al estado mismo, a preservarlo. En caso de infringirse dicho deber, el citado artículo impone como obligación prioritaria la de recomponer el ambiente dañado.

Por otro lado, por imperio del mismo artículo constitucional (en tanto delega a la nación el establecimiento de los presupuestos mínimos de protección ambiental) en el año 2002, el Congreso de la Nación sancionó la ley general de ambiente 25675 que, al establecer los principios que deben regir en la interpretación y aplicación de la legislación ambiental, incorporó expresamente a los principios de prevención y de precaución.

La prevención implica atender en forma prioritaria a las causas de los daños ambientales, procurando evitarlos, siempre que exista certeza respecto a la relación causal entre una determinada actividad y el daño que se procure evitar.

La precaución, en cambio, si bien se ubica dentro del ámbito de preventivo (vale decir, el que procura evitar la producción de daños) se distingue de la prevención, en tanto no actúa en caso de certeza, sino de incertidumbre respecto a la posibilidad de que de determinada actividad o producto derive un daño, a causa de la insuficiencia del estado del conocimiento científico, que no puede garantizar la inocuidad dañosa de dicha actividad o producto, y siempre que exista una sospecha funda respecto a la posibilidad de concreción del daño y que este sea grave e irreversible.

La prevención no solo es incorporada por la ley 25675, sino también por nuestra Constitución nacional reformada de 1994, en primer lugar al imponer a todo habitante de la nación el deber de preservar el ambiente, y en segundo lugar al introducir a la acción de amparo como vía procesal preventiva. Además de dicha

acción, la tutela ambiental preventiva cuenta, como vías procesales propias de acceso a la jurisdicción, a las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y actualmente, desde la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, a la acción preventiva.

La precaución, en cambio, no cuenta con vías procesales propias de acceso a la jurisdicción. Esta ausencia dio lugar a que la tutela precautoria del ambiente, se intente obtener a través de las vías procesales preventivas.

Frente a dichas solicitudes, la jurisprudencia no fue unánime, ya que si bien en ciertos casos, las admitió, reformulando o flexibilizando los requisitos de las vías procesales preventivas, para adecuarlas a la protección precautoria, en otros casos, las declaró inadmisibles, dada la incompatibilidad de la precaución con los requisitos de admisibilidad propios de dichas vías.

Por lo tanto, dadas dichas deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela ambiental precautoria regulada por la ley 25675, vale decir, la ausencia de regulación de vías procesales de acceso a la jurisdicción que le sean propias, y se adecuen a sus características, y la incompatibilidad que existe entre la precaución y los requisitos de admisibilidad de las vías procesales preventivas (que se intentaron utilizar para encauzar la tutela precautoria) resulta imprescindible, para la efectiva tutela del principio precautorio (y para el resguardo de la seguridad jurídica) la regulación legal de vías procesales propiamente precautorias que se adecuen con la falta de certeza que lo caracteriza.

En tal sentido, considero oportuno que, al igual que lo sucedido en materia preventiva, el Código Civil y Comercial regule una acción específicamente precautoria, que frente a la existencia de un factor de riesgo cuyo acaecimiento tiene la virtualidad de provocar un daño grave e irreversible al ambiente, y siempre que concurra la incertidumbre científica respecto a la posibilidad de su concreción y evaluación científica (pese a dicha incertidumbre) que fundamente cierta posibilidad de ocurrencia, habilite al juez a restringir o prohibir la actividad o producto de las que (se sospecha fundadamente) puede derivar dicho daño, a los fines de evitar su concreción o continuación (en caso de que el daño ya se haya hecho presente).

BIBLIOGRAFÍA – LEGISLACIÓN - JURISPRUDENCIA

Bibliografía.

1. ANDORNO, R. "El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica" L.L. 2002-D, 1333
2. ANDORNO, R. "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución ", JA, 2003-III-962.
3. ANDRADA, A. y HERNÁNDEZ, C. (2011) *Soja, principio precautorio y agroquímicos*. En Revista de Derecho de Daños. T. 2011-1 (p. 441) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
4. ARANCET, A. "Contaminación urbana electromagnética". L.L. 2008-E, 602.
5. BADENI, G. (2006) *Tratado de derecho constitucional. T. I.* (2°Ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: La ley.
6. BIDART CAMPOS, G. "El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias" DJ 1997 -2, 709.
7. BIDART CAMPOS, G. (2001) *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. T.I- B.* (5° Ed.) Buenos Aires: Ediar.
8. BIDART CAMPOS, G. (2006) *Manual de la Constitución reformada. T.II.* (4°Ed. 5°Reimp.). Buenos Aires: Ediar.
9. BESALÚ PARKINSON, A. (2005) *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hammurabi.
10. BENJAMÍN, A. (2001) ¿Derechos de la naturaleza? En O. Ameal (Dir.) *Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana*. (p. 31) Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
11. BERIZONCE, R. (2012) La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. En Revista de derecho procesal, 2012 N°2, *Prueba pericial y prueba científica*. (p. 351) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni
12. BESTANI, A. "Sobre el principio de precaución" L.L. 2014-C, 902
13. BONAMIGO, E. (2010) *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.
14. BUSTAMANTE ALSINA, J. (1995) *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
15. CAFFERATTA, N. (2002) "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada". DJ2002-3, 1133.
16. CAFFERATTA, N. (2004) *Introducción al derecho ambiental*. México D.F.: Instituto Nacional de Ecología

17. CAFFERATTA, N. "La prueba del daño ambiental", J.A.,2005-IV-1407
18. CAFFERATA, N. "Breves reflexiones sobre la convergencia de la Bioética y el Derecho Ambiental a la luz del principio precautorio"- JA 2006-IV-1253. Lexis Nro. 0003/012917.
19. CAFFERATA, N. "Naturaleza jurídica del principio precautorio". RCyS2013-IX, 5
20. CAFFERATTA, N. "El principio precautorio en el derecho ambiental" L.L. 2014-A, 821.
21. CANDA, F. (2012) Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. En Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo. M. Dos Santos (Dir.) (p. 271-284) Buenos Aires: FDA.
22. CANNATA, P. "Medidas cautelares en procesos penales ambientales" L.L. 2016-A, 437.
23. CANO, G. (1978) *Derecho Política y Legislación Ambiental*. Buenos Aires: Depalma.
24. CANO, G. (1987) *Política y Legislación Provincial, Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. Buenos Aires: Academia de Ciencias Morales.
25. CANOSA USERA, R. (2000) *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid: Dykinson.
26. CARNOTA, W. y MARANIELLO, P. (2008) *Derecho constitucional* (1ºEd.) Buenos Aires: La Ley.
27. CASSAGNE, J. "Sobre la protección ambiental", L.L. 1995-E, 1217
28. CATALANO, M. "Amparo. Preservación de ruinas de valor arqueológico, histórico, cultural y turístico. Principio Precautorio. Función ambiental de la propiedad" LLNOA2007 (octubre), 892.
29. CATALANO, M. "Sobre la idoneidad en concreto del amparo constitucional para la defensa del ambiente" LLC2008 (noviembre), 1107
30. CATALANO, M. "Amparo en preservación del medio ambiente (un caso de improcedencia por falta de lesión actual)" LLC2009 (agosto), 715
31. CIERCO SEIRA, C. (2004) *El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español*. En Revista de Administración Pública N° 163 enero/abril 2004 (p.117). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

32. COSSARI, M. “Principio precautorio: reflexiones acerca de la gravedad e irreversibilidad de los daños como requisitos indispensables para su aplicación. DJ21/12/2011, 1
33. CORDERO VEGA, L. y TAPIA, J. “El principio precautorio y la regulación medioambiental” L.L. 2014-A, 622.
34. DÍAZ, S. (2001) *Acción de Amparo*. Buenos Aires: La Ley.
35. DRNAS DE CLEMENT, Z. (2008) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Córdoba: Lerner.
36. DROMI, R. y MENEM, E. (1994) *La Constitución Reforma. Comentada*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
37. ESAIN, J. (2006) *Principio de precaución*. En Mirá, conocimiento para la transformación. Mar del Plata: Serie de Investigación y desarrollo de la Universidad Atlántida.
38. ESAÍN, J. “El principio de progresividad em matéria ambiental”, JÁ, 2007-IV, fasc. N. 2, p. 11.
39. FALBO, A. (2006) *Evaluación de Impacto Ambiental, su concepto y caracteres*. En Revista de Derecho ambiental, Nro. 5, Enero/marzo 2006. Buenos Aires: Lexis Nexis.
40. FERNÁNDEZ MADERO, J. “Los daños causados al medio ambiente” L.L. 2004-A, 1456.
41. FRÍAS, P. (1980) Sistemas de Competencias en el derecho Ambiental. En *Introducción al Derecho Público Provincial*. (p. 218) Buenos Aires: Depalma.
42. HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M. (2002) *El amparo en la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Alveroni.
43. HUTCHINSON, T. (1999) Responsabilidad pública ambiental. En *Daño Ambiental*. (p. 280) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
44. IRIBARREN, F. (2005) *La inclusión del principio precautorio en la Ley General del Ambiente*. En Revista de Derecho Ambiental, Enero/Marzo 2005, N°1 (p. 88) Buenos Aires: Lexis Nexis,
45. KAMADA, L. “Daños punitivos y la prevención del daño ambiental” DJ2007-I, 173.
46. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A (2004) Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos. En C. Casabona (Dir.) *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. (p. 257) Granada: Comares

47. KRIEBEL, D. (2002) El principio de precaución en las ciencias ambientales. En J. Riechmann y J. Tichens (Coord) *El principio de precaución*. Barcelona: Icaria
48. LOPERENA ROTA, D. (1998) *Los Principios del Derecho Ambiental*. Madrid: Civitas.
49. LORENZETTI, R. (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
50. MARIENHOFF, M. "Expropiación y urbanismo", L.L. 1981-C, 910.
51. MARTÍNEZ BOTOS, R. (1990) *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Universidad.
52. MORALES LAMBERTI, A. (2009) *Incertidumbre científica y decisiones judiciales: implementación del principio precautorio*. En Revista de derecho ambiental. Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. N° 20 (2009) (p. 239) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
53. MOSSET ITURRASPE, J., HUTCHINSON, T. y DONNA E. (1999) *Daño Ambiental*. T. I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
54. NOVELLI, M. y TABARES, J. "El principio precautorio" L.L. 2012-B, 880.
55. ORIHUELA, A. (2008) *Constitución Nacional comentada*. (4ªEd.) Buenos Aires: Estudio.
56. ORONA, C., GIARDINA, E. y CIMATO, M. (2003) *Viabilidad de la aplicación del principio de precaución en nuestra actividad jurisdiccional y como elemento integrante del proceso de toma de decisiones*. En La Ley. Suplemento de Derecho Ambiental. Diciembre 2003. Año X. n.5. (p. 6) Buenos Aires: La Ley.
57. PALACIO, L. "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994." L.L. 1995-D, 1237.
58. PALACIO L. (2003) *Manual de derecho procesal civil* (17 ed. actualizada) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
59. PEYRANO, J. (1997) *Compendio de Reglas Procesales* (2º Ed.) Rosario: Zeus.
60. PEYRANO, J. (1999). La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución. J. Peyrano (Dir.). *Medidas autosatisfactivas*. (pp. 13-35) Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

61. PEYRANO, J. y EGUREN, M. “Medidas Autosatisfactivas y la Necesidad de su Regulación Legal”. LL 2006-E, 949.
62. PEYRANO, J. “Vías procesales para el principio precautorio”, L.L. 2014-C, 1123.
63. PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*. Buenos Aires: Hammurabi.
64. PLAZA MARTÍN, C. (2005) *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
65. PODETTI, J. (1956) *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Aguilar.
66. PRAT, H. “Amparo colectivo: límites propios de su naturaleza procesal” DJ10/07/2013, 1.
67. Cita Online: AR/DOC/1544/2013
68. PREUSS, F. y WALSH, J. “Los presupuestos mínimos y la competencias ambientales”, DJ- 1997, p. 926.
69. QUIROGA LAVIÉ, H. (2009) *Derecho constitucional argentino*. T.I. (2º Ed. Actualizada) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
70. QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI M. y CENICACELAYA, N. (2001) *Derecho Constitucional Argentino*. T. II. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
71. QUIROGA LAVIÉ, H. “El derecho ambiental como hecho”, L.L. 2012-C, 1361
72. RODRÍGUEZ, C. “El proceso ambiental y el principio precautorio” Sup. Amb 02/06/2014, 2.
73. ROMERO CASABONA, C. (2004) *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao: Comares.
74. SABSAY, D. y ONAINDIA, J. (1994) *La Constitución de los argentinos*. Buenos Aires: Errepar.
75. SAGÜÉS, N. (1995) *Acción de Amparo* (4 Ed.) Buenos Aires: Astrea.
76. SEGUÍ, A. “Incerteza científica, principio de precaución y responsabilidad civil en un fallo de la Casación Francesa” RCyS2012-IV, 287.
77. SOSA, G. “Embargo preventivo” LLBA2010 (octubre), 1065
78. SOZZO, G. y BERROS, M. “Principio precautorio”. RCyS2011-III, 28.
79. VARGAS A. (1999). Teoría general de los procesos urgentes. J. Peyrano (Dir). *Medidas autosatisfactivas*. (pp. 75-182) Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

Legislación.

1. Constitución de la nación argentina.
2. Código civil y comercial de la nación.
3. Código procesal civil y comercial de la nación.
4. Ley 16986 del 20 de octubre de 1966. Amparo. Régimen legal.
5. Ley 968 del 24 de julio de 1972. Código procesal civil y comercial de la provincia de Chaco.
6. Ley 25670 del 23 de octubre de 2002. PCBS. Presupuestos para su gestión y eliminación.
7. Ley 25675 del 27 de noviembre de 2002. Política ambiental nacional.
8. Ley 26331 del 19 de diciembre de 2007. Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos.

Jurisprudencia.

1. CSJN (23/11/2004) “Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá” L.L. 2005-B, 725.
2. CSJN (26/03/2009) “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo” (Consid. 2º) *Saij.gob.ar*. Recuperado el 18/04/2016 de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-salas-dino-otros-salta-provincia-estado-nacional-amparo-fa09000029-2009-03-26/123456789-920-0009-0ots-eupmocsollaf>
3. CSJN (17/05/2011) “Rivarola, Martín Ramón c. Rutilex Hidrocarburos Argentinos S.A.” L.L. 2011-D, 134.
4. CSJN (13/12/2011) “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo” L.L. 2012-B , 190
5. CJSalta (25/07/2007) “Thomas, Horacio c. Bocanera S.A.” (Consid. 8) LLNOA 2007 (octubre) , 892
6. SCBuenosAires (08/08/2012) “M. M. C. y otro s/ Amparo” L.L. 2012-F , 278
7. SCBuenosAires (17/06/2015) “ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley” *Jursoc.unlp.edu.ar* Recuperado el 27/05/2016 de http://www.jursoc.unlp.edu.ar/images/banco_fotos/extension/FalloSupremaCorteJusticia.pdf

8. TSCordoba (11/03/2003) “Castellani, Carlos E. y otros” L.L.C 2003 (octubre), 1097.
9. Cam. CCCom, de Fam., y Trab de Marcos Juarez. (12/11/2009) “Paoloni, Ignacio Martín c. Agencia Córdoba Ambiente”, LLC 2010 (marzo), p. 151).
10. JCAyTN°12CABA. “Uyemas Héctor Ubaldo c. GCBA sobre Amparo (art. 14 CCABA)” del 13/09/2007. Recuperado el 26/05/2016 de <https://elcable.files.wordpress.com/2007/09/fallo-antena-gobierno.doc>
11. JCivComLabMineriyInstrucPuertoDeseado. N.1 (06/08/2004) “Provincia de Santa Cruz” LLPatagonia 2005 (abril), 953.

COMISIÓN ACADÉMICA EVALUADORA (C.A.E.)

Dra. Maria Cecilia Caro Leopoldo.

Dra. Laura Rennella.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (apellido/s y nombre/s completos)	JOSÉ ALBERTO AGÜERO
DNI (del autor-tesista)	17.494.590
Título y Subtítulo (completos de la Tesis)	“Deficiencias procesales para solicitar y aplicar la tutela ambiental precautoria regulada por el artículo 4 de la ley 25675”
Correo electrónico (del autor-tesista)	joalaguer@gmail.com
Unidad Académica (donde se presentó la obra)	UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).	-----

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (marcar SI /NO)	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publican)	-----

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: Universidad Empresarial Siglo XXI, certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.-

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Referencias: MTD: Modalidad Tutorial a Distancia – ED: Educación a Distancia MP: Modalidad Presencial – MS: Modalidad Senior – MRIV: Modalidad Río Cuarto.