



**El Caso “Mamani”: la precaución ambiental como principio frente a la
incertidumbre probatoria.**

NOTA A FALLO

Nombre y apellido: Rodriguez Julieta Andrea

Documento: 34289519

Legajo: ABG04117

Tutor: Baena César Daniel

Carrera: Abogacía

Institución académica: Universidad Siglo 21

Tema: Medio ambiente

Fallo: C.S.J.N. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A s/ recurso” Fallos: 340:1193 (2017)

Sumario: 1. Introducción. – 2. Hechos de la causa, historia procesal y resolución del Tribunal. – 3. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi*. – 4. Análisis y comentarios del autor. - 4.1. Una respuesta a los problemas de prueba. 4.2. Principio precautorio. - 4.3. Condiciones de aplicación. - 4.4. Un cambio de enfoque – 4.5. Nuestra postura. – 5. Conclusión. – 6. Referencias.

1. Introducción.

El principio precautorio es un instrumento de suma importancia para la aplicación del derecho en lo concerniente al medio ambiente, más aun si se tiene en cuenta el sostenido desarrollo que ha tenido desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días. Esto es así, dado que se hace presente en temáticas sensibles al interés colectivo de los hombres, en tiempos en donde el desarrollo técnico-capitalista se enfrenta a diversos dilemas, entre ellos, el dilema ético, entendido muchas veces como una disputa entre el beneficio actual y la conservación futura. En este sentido, uno de los primeros en pensar esta problemática fue Hans Jonas (1979), quien en su obra “*El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*” sentó las bases a partir de las cuales se fue desarrollando la idea de progreso tecnológico con responsabilidad ética.

Este principio cobra especial importancia en la actualidad, en función de la creciente conciencia ambiental que la sociedad va adoptando. Esta percepción colectiva de que es necesario cuidar el medio ambiente se ve reforzada por la aparición de diversos estudios que dan cuenta de esta problemática, como refleja Clarín (2015) “Argentina está entre los diez países que más destruyen su riqueza forestal”; y de las repercusiones negativas de no hacerlo, mediante informes de algunas ONG dedicadas a la temática como Greenpeace (2019) “Inundaciones por desmonte, otra vez”.

Con vistas al fallo que se intenta analizar en esta nota, es posible identificar un problema jurídico de prueba, también conocido como laguna de conocimiento. Esta situación se hace presente toda vez que sea claro lo que la norma dicta, pero exista “falta de información acerca de los hechos del caso” (Alchourrón y Bulygin, 2012, p.47), o lo que Moreso y Vilajosana (2004), siguiendo a los primeros, expresan como

“casos individuales de los que no se sabe si pertenecen o no a un caso genérico por falta de conocimiento de las propiedades del caso individual” (p.110).

Frente a esta situación, y en la medida de la imperante necesidad de dictaminar sentencia por parte del tribunal, adquiere especial preponderancia la aplicación de principios y presunciones.

Ahora bien, el principio precautorio, en tanto instrumento jurídico, deber ser claro en los alcances que posee, comprender su naturaleza no alcanza, es necesario, además, proveerle los límites de aplicabilidad, tal como queda de manifiesto en el fallo en análisis, la correcta interpretación teórica de este alcance sirve de sostén para la toma de decisión de un juzgado, y la correcta protección del derecho colectivo.

2. Hechos de la causa, historia procesal y resolución del Tribunal.

En el fallo en cuestión, la controversia se suscita debido a la autorización de desmonte que se le otorga a una empresa privada. Ante esta situación, vecinos del lugar presentan una acción colectiva solicitando la nulidad de dichas autorizaciones, argumentando que las mismas contrarian las exigencias legales de realizar el correspondiente estudio de impacto ambiental previo, la celebración de audiencias públicas, y la consideración de los principios precautorios y preventivos establecidos por las leyes que resguardan el medio ambiente.

Así en primera instancia, la Sala II del Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy admite la demanda de amparo ambiental de los actores Mamani Agustín Pio y otros contra el Estado Provincial y la empresa CRAM S.A. y declara con fecha 27/06/2012 la nulidad de las resoluciones 271-DPPAyRN-2007 y 239-DPPAyRN-2009 mediante las cuales la Dirección de Políticas Ambientales y Recursos Naturales habían autorizado el desmonte en la finca “La Gran Largada”, de propiedad de CRAM S.A., en la localidad de Palma Sola, departamento Santa Bárbara de dicha provincia.

Disconformes con la nulidad declarada en primera instancia, los demandados interponen recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, quien en desacuerdo con la resolución del tribunal *a quo* y por mayoría, hace lugar al recurso. En consecuencia, con fecha 27/02/2013 los jueces firmantes revocan la sentencia atacada rechazando la nulidad de las resoluciones mediante las cuales dicho organismo había autorizado el desmonte.

Para así decidir, señalan como abusiva la declaración de nulidad ya que no se acreditó la existencia o inminencia de un daño ambiental o el impacto negativo de la actividad cuestionada. Asimismo agregan que el terreno sobre el que se autorizó el desmonte se encuentra ubicado en la Categoría III del Ordenamiento Territorial de Masas Boscosas de la Provincia de Jujuy, que permite dicha actividad.

Contra dicho pronunciamiento, la actora interpone recurso extraordinario que, al ser denegado por el Tribunal Superior, motivó la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien con fecha 05/09/2017 declara la nulidad de las resoluciones cuestionadas.

3. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi*.

En función de lo anteriormente mencionado, es necesario comentar las razones que llevaron a la Corte a fallar de la manera en que lo hizo. Teniendo en cuenta la materia sobre la cual el tribunal debía decidir, y además, la problemática que se le presentaba en cuanto a la valoración de las pruebas a su disposición, era necesario encontrar el nivel de certeza suficiente para tomar una decisión.

En pocas palabras, el mandato del art. 41 de la Constitución Nacional estaba en cuestión ante la potencial actividad dañina de la empresa, siendo que no contaban con un estudio de impacto ambiental que probara fehacientemente el resguardo de dicho mandato. Ante esto, y frente a la ausencia de pruebas ciertas que determinen la veracidad de la afirmación fáctica, el Tribunal, utilizó lo que según Alchourrón y Bulygin (2012) es “un recurso práctico que les permite obviar la falta de información fáctica” (p.48), y “que desempeñan un papel muy importante en la vida jurídica y sobre todo en la práctica judicial” (p.48). Se hace referencia al principio precautorio.

La Corte señaló que el Tribunal *a quo* desconoció en forma expresa la aplicación del principio precautorio que rige en la materia, dejando entrever muy pronto la posición desde la cual analizaría la controversia. Se consideró, además, y en estrecha relación con el principio antes citado, que la ausencia o insuficiencia de un correcto estudio de impacto ambiental, y su posterior valoración, era condición necesaria para la autorización de la actividad. Al remarcar las irregularidades que se demostraron en este procedimiento, la Corte reaseguró su objetivo de cuidado del medio ambiente, en tanto bien colectivo.

Además, para apoyar su postura, citó el art. 4 de la Ley General del Ambiente (25.675) en donde se explicita al principio precautorio, siendo, en palabras de la Corte,

uno de los principios fundamentales de la política ambiental. Tuvo oportunidad también de citar el fallo *Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo* (2009) como precedente directo en la aplicación de este principio.

Se pudo observar una disidencia parcial por parte de uno de los integrantes de la Corte, siendo la misma solo en función de fallar a favor de la actuante, pero devolver el caso al Tribunal de origen. No hubo diferencias respecto a la cuestión jurídica bajo análisis en esta nota.

En definitiva, el problema al cual se enfrentó el Tribunal, esto es, poder definir si la actividad de CRAM S.A infringía o no las leyes de protección ambiental antes citadas, sin contar con el medio de prueba determinante para dilucidar esa situación, en este caso el estudio de impacto ambiental, se pudo superar mediante la utilización del principio precautorio, que le brindó el marco de referencia necesario para fundar su decisión.

4. Análisis y comentarios del autor.

4.1. Una respuesta a los problemas de prueba.

Como se mencionó antes, la ausencia de elementos que prueben una situación determinada, aun cuando dicha situación pueda ser encuadrada bajo un ordenamiento normativo conocido, es una dificultad que necesita ser superada, en virtud de la aplicación del derecho. La solución efectiva a esta problemática se la conoce bajo el nombre de “principios”, que en palabras de MacCormick (1978) son “normas generales conceptualizadas por las cuales sus funcionarios racionalizan las reglas que pertenecen al sistema en virtud de criterios observados internamente” (p.202). Asimismo el autor sostiene que:

existen en un sistema jurídico unos principios reconocidos que se conciben de modo que expresan unos valores fundamentales o al menos importantes del sistema, de manera que tienden a ser considerados de modo que proporcionan justificaciones autosuficientes para las decisiones (p.230).

Los principios tal como lo explican Alchourrón y Bulygin (2012) "permiten al juez suplir su falta de conocimiento de los hechos y actuar como si conociera todos los hechos relevantes del caso" (p.48). Como se puede ver, en ámbitos de incertidumbre fáctica, los principios sirven como justificación y cumplen una función ordenatoria.

4.2. Principio precautorio.

Ya sea que se lo llame *Vorsorgeprinzip*, en el derecho alemán (*Vorsorge*, precaución, y *prinzip*, principio), principio de precaución o principio de cautela, es indudable que representa en la actualidad uno de los pilares más importantes para el derecho ambiental. Es caracterizado como:

una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado (Drnas de Clément, 2007, p.12).

Su importancia radica en la capacidad para dar respuesta al desafío de la sociedad del siglo XXI, de lograr lo que se conoce como desarrollo sustentable. Implica el deber colectivo de las sociedades de pensar no solo en su bienestar actual, sino también, en el bienestar de las generaciones futuras. Tal como lo explica Lanegra Quispe (2010) “deben lidiar con un difícil dilema, usar la ciencia y la tecnología que poseen a pesar de la falta de certeza sobre los efectos de su aplicación, o no hacerlo y renunciar a sus posibles beneficios evitando eventuales daños” (párr.1) y agrega “esta situación no se explica por el fracaso del intento moderno de controlar la naturaleza, sino, paradójicamente, por su éxito” (párr.1).

4.3. Condiciones de aplicación.

Es importante señalar que el principio precautorio no debe ser utilizado de manera trivial, en tanto deben existir determinadas condiciones para su aplicabilidad. El consenso de la doctrina determina por lo menos tres elementos principales que deben estar presentes, los cuales son enumerados y definidos por Andorno (2008) como “una situación de incertidumbre acerca del riesgo, una evaluación científica del riesgo y una perspectiva de daño grave o irreversible” (p.346). Es conveniente aclarar estos puntos. Los primeros dos, están estrechamente relacionados, en tanto puede entenderse que la incertidumbre y la evaluación, se sustentan en el grado de conocimiento científico que se tenga del caso. Para esto, es el juez quien debe valorar las pruebas a su disposición, quien en palabras de Berizonce (2013) debe “explicar las razones por las cuales considera que aquellos elementos de prueba científicos o técnicos están o no dotados de un determinado grado de eficacia suasoria en relación a los hechos en debate” (p.253). En cuanto al tercer punto, referido a los efectos que pudiera generar una determinada actividad, Lorenzetti (2008) explica que la precaución actúa frente a “casos extremos y

donde exista una necesidad de hacerlo porque los daños serán irreversibles. La gravedad, aplicada al bien ambiental, significa que hay que prevenir antes que resarcir, que hay que recomponer antes que indemnizar” (p.90), y en el mismo sentido, Drnas de Clément (2017) resalta “en caso de producirse un daño, conllevar dificultades para minimizarlo o suprimirlo eficientemente” (p.52). Es claro entonces que no cualquier situación es pasible de ser encuadrada dentro de la aplicación de este principio.

4.4. Un cambio de enfoque.

La utilización de este nuevo paradigma es cada vez mayor en Argentina, pero hasta no hace mucho tiempo atrás, todavía los tribunales eran reacios en su adopción. Se puede mencionar el caso *Intendente de Ituzaingó y otro c/ Entidad Binacional Yacyretá* (2004), en donde se destaca “los propios dichos de los actores revelan la ausencia de certeza en la que se encuentran -situación efectivamente opuesta a la exigida por este tipo de procesos-” (C.S.J.N., 2004, considerando 4°). Allí, la Corte, al tomar en consideración que "las explicaciones científicas no son coincidentes entre sí ni concluyentes en cuanto a las razones por las cuales se produce el aumento de los niveles de agua en los esteros del Iberá jurisdicción territorial de Ituzaingó" (C.S.J.N., 2004, considerando 4°), se fundamenta en la ausencia de certezas, cuando claramente es eso lo que el principio precautorio viene a remediar.

De todas formas, la jurisprudencia cambió con el fallo *Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo* (2009), y tal como lo afirma Sbdar (2018) “es el primero en el que la Corte expresamente utiliza el principio de precaución como base para definir la verosimilitud del derecho invocado” (párr.27). En dicho fallo la Corte expone que:

el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten (CSJN, 2009, considerando 2°).

Es de destacar, además, el fallo *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo* (2016), en donde la Corte señala que:

la cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave e 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 ambiente (CSJN, 2016, considerando 6°).

4.5. Nuestra postura.

Creemos que al momento de considerar una situación en donde no se cuentan con las pruebas necesarias que le permitan al juez tomar una decisión, aun teniendo en claro el mandato normativo aplicable, es necesario valerse de instrumentos que sirvan de justificación racional. Por eso, y como afirma Lorenzetti (2008) “el principio es un instrumento apropiado para situaciones de incertidumbre, porque no es rígido y porque permite medir en cada caso su peso concreto” (p.89). En el ámbito del derecho ambiental, es correcta esta postura, en la medida de considerar que toda actividad humana genera sobre el medio ambiente una modificación del mismo, y cuando se parte, siguiendo a Drnas de Clément (2017) de una “presunción científicamente sostenida de riesgos concretos que conlleva una actividad determinada” (p.51), se debe “rebatir esa presunción” (p.51) probando la ausencia razonable de daño. En caso contrario, es correcto que prime la precaución respecto al daño potencial. Por esto, consideramos que el principio precautorio provee de la mejor solución posible, teniendo en cuenta la ausencia de elementos determinantes para formar un juicio de valor más allá de toda duda, brindando sustento a la decisión de quien debe, desde la falta de claridad probatoria, tomar una decisión, y particularmente, cuando se debe asumir una responsabilidad en lo que refiere a la temática ambiental, y su cuidado.

5. Conclusión.

Como se pudo observar, el fallo analizado refiere a una situación en donde un sujeto privado, en virtud de llevar adelante su actividad comercial, requiere el desmonte forestal de un lugar determinado, hecho por el cual se genera la queja de aquellas personas que habitan en la zona, y que, además, invocan la representación colectiva frente a un potencial daño al medio ambiente, protegido por la Constitución en su art. 41 y por la Ley General del ambiente 25675. Si bien esta deforestación fue inicialmente permitida por la autoridad de aplicación provincial, en última instancia, fue rechazada por la Corte. El fundamento principal fue que, ante situaciones similares, el medio de prueba válido para resolver la controversia es un correcto estudio de impacto ambiental, y ante la situación de que dicho estudio se realizó de manera acotada y con falta de rigurosidad científica, no fue posible determinar con certeza la existencia o no de daño

al medio ambiente. La solución entonces viene dada por la aplicación del principio precautorio, que la ley antes mencionada establece.

Se puede observar como la posición que asume la Corte se corresponde con los mandatos legales en materia de cuidado del medio ambiente, en tanto subyace el reconocimiento del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, no solo en la actualidad, sino también hacia el futuro. Además, se sabe que existe la obligación de asegurar la preservación y conservación del mismo. Se está ante el caso de una actividad antrópica determinada, denunciada por no cumplir con estos preceptos. Sin pruebas determinantes, se debe decidir. Reconociendo al principio precautorio como fundamental en la materia, y dejando en claro que, en virtud del mismo, ante la ausencia de certezas, existe una obligación de prevención del daño potencial, el Tribunal decide con miras al resguardo del bienestar general. Además, es de destacar el cambio doctrinario, al que este fallo viene a reforzar, siendo una respuesta efectiva a una de las nuevas problemáticas que enfrenta el derecho en la actualidad.

En definitiva, al hablar de precaución, en lo concerniente al medio ambiente, se fija una posición de responsabilidad colectiva, que en última instancia, va más allá de una actividad concreta, sino que establece una forma de actuar frente a la realidad, haciendo foco en la dualidad presente-futuro, pensando en los derechos y obligaciones actuales desde el hoy, pero también desde el mañana. Dada la cada vez mayor capacidad técnica que se posee, la importancia que esta concepción relativamente nueva tenga en el siglo a transitar, marcará sin dudas, el éxito o fracaso de la sociedad moderna. Toda decisión que se tome en favor de este camino contribuye, y por tal motivo, este fallo representa el buen obrar, y el buen ejercicio del derecho.

6. Referencias.

Doctrina

Andorno, R. (2008). Integridad: Principio de precaución. En Tealdi, J. (Dir.). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Colombia: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161848>

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires, AR: Astrea.

Berizonce, R. (2013). La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. *Revista: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*; 10(43). Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33746>

Drnas de Clément, Z. (2007). Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental. *Revista Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*. Número 18. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipioprecaucion>

Drnas de Clément, Z. (2017). El rol normativo de los principios generales del derecho ambiental. *Cuaderno de Derecho Ambiental Número IX. Principios Generales Del Derecho Ambiental*. Córdoba, AR: IJ Editores. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-ambiental-ix>

Hans, J. (1979). *El principio de responsabilidad*. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Nueva York: Herder.

Lanegra Quispe, I. (2010). La regulación de la incertidumbre: Un Análisis crítico del principio precautorio. *Revista: Derecho & sociedad*. Número 35. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1157>

Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. DF, MX: Porrúa.

MacCormick, D. (1978). *Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Clarendon Press.

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid/Barcelona, ES: Marcial Pons.

Sbdar, C. (2018). *Filosofía de la tecnología y Derecho ambiental*. Centro de Información Judicial. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-29621-Filosof-a-de-la-tecnolog-a-y-Derecho-ambiental.html>

Jurisprudencia

C.S.J.N. “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo”. Fallos 339:142 (2016)

C.S.J.N. “Intendente de Ituzaingó y otro c/ Entidad Binacional Yacyretá (E.B.Y.) s/ acción de amparo”. Id SAIJ: FA04000199 (2004)

C.S.J.N. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mamaní, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A s/ recurso”. Fallos: 340:1193 (2017)

C.S.J.N. “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo”. Fallos: 332:663 (2009)

Superior Tribunal de Justicia de Jujuy “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B-229.276/10 Acción Colectiva de Amparo Ambiental – Medida Cautelar Innovativa: Mamaní, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales – y la empresa CRAM S.A.” (2013)

Tribunal Cont-Adm. De Jujuy, Sala II, “Acción Colectiva de Amparo Ambiental – Medida Cautelar Innovativa: Mamaní Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales- y la empresa CRAM S.A.” (2010)

Legislación

Constitución de la Nación Argentina. T.O s/Ley 24430. B.O 10/01/1995

Ley 25675. Ley General del Ambiente. B.O 28/11/2002

Otras fuentes

Argentina está entre los diez países que más destruyen su riqueza forestal. *Clarín*. (08 de septiembre de 2015). Recuperado de: https://www.clarin.com/sociedad/deforestacion-bosques-medio_ambiente-peligro-argentina-mundo-onu-informe_0_SkYuPmFvmg.html

Inundaciones por desmonte, otra vez. (22 de abril de 2019). *Greenpeace*. Recuperado de: <https://www.greenpeace.org/argentina/issues/bosques/1521/inundaciones-por-desmonte-otra-vez/>