

Prima facie

*La carga de demostrar la verosimilitud del derecho en el principio
precautorio*



Alumno: JUAN PABLO DUGGO

Carrera: ABOGACÍA Legajo: VABG57495 AÑO: 2019

EL FALLO

CSJ 642/2010 (46-A) / 1

ORIGINARIO

Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ incidente de medida cautelar.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de junio de 2018.

Sumario I. Introducción. II. El Incidente. III. ¿Insuficiencia en la prueba? La decisión de la Corte. IV. Sobre el Principio Precautorio y sus presupuestos. V. ¿Exótica o Autóctona? VI. Reflexiones Finales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Si leemos varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) de últimos años en materia de medio ambiente, notaremos que, en varios de ellos, se hace mención al Principio Precautorio del derecho ambiental. Este principio, junto con el Principio Preventivo, constituyen una de las principales justificaciones usadas para solicitar medidas cautelares en contra de un hecho que supone un peligro al medio ambiente. Ahora, ¿Cuál es la diferencia entre uno y otro?

En el caso de la “prevención”, la peligrosidad de la cosa o de la actividad es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. En cambio, en el caso de la “precaución”, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, dado que los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. La prevención, nos coloca ante el riesgo actual; la

precaución ante un riesgo potencial. (Andorno R, 2002, pág. 1 y siguientes)

En la decisión tomada por la C.S.J.N. en el fallo: Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ incidente de medida cautelar, del 12 de junio de 2018, se le niega a la provincia de San Luis, una medida cautelar dirigida contra la Administración de Parques Nacionales que pretendía detener una “faena de burros silvestres” supuestamente autorizada por este ente.

Veremos cómo el problema jurídico recae principalmente sobre la verosimilitud de la prueba presentada por la parte actora, y como se considera que esta no posee el suficiente peso para otorgar la medida pretendida y desacreditar los informes ofrecidos por parte la contraria. Secundariamente, recae sobre la interpretación de las facultades que le concede la Ley 22.351 a la A.P.N., así como también sobre la procedencia autóctona o exótica del burro silvestre.

Acompañando la negativa de la medida, contemplaremos como la C.S.J.N. plantea un hipotético caso en el cual la provincia podría haber conseguido el fin buscado de detener la caza y/o matanza, probando la calidad “autóctona” de la especie involucrada y buscando la prohibición justificándose en la ley 22.421, y que, sin embargo, con ninguna de las pruebas presentadas, pudo lograrlo.

Seguidamente, explicaremos los conceptos esenciales del principio precautorio junto con sus presupuestos y su relación con este caso, acompañados de una breve explicación sobre la calidad “exótica” del burro silvestre. Finalmente, cerraremos con unas reflexiones respecto a este caso.

II. El Incidente

En principio, cabe la pena mencionar, que este incidente se desprende de otro proceso judicial ("Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ medida cautelar", fallos: 333:1959) donde la Provincia de San Luis, mediante la ley local V-0721-2010 pretendía la expropiación de los inmuebles que comprendían el Parque Nacional Sierra de las Quijadas, para “restituirlos” al pueblo Nación Huarpe.

La Administración de Parques Nacionales solicita una medida cautelar en contra de la ley local y la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja sin efecto la expropiación de los inmuebles. Al mismo tiempo, la C.S.J.N. declara su competencia de carácter originario sobre este caso y le solicita a la Justicia Federal de San Luis que remita todo lo pertinente al caso.

Respecto a este caso, la Provincia de San Luis promueve un incidente sobre medida cautelar con el objeto de que se disponga el cese inmediato y definitivo de la matanza de burros silvestres producida en los inmuebles afectados al Parque Nacional Sierra de las Quijadas, y que se ordene a la Administración de Parques Nacionales (A.P.N.) que arbitre en forma urgente las medidas necesarias para controlar de manera efectiva el cumplimiento de dicha prohibición.

Solicita asimismo que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad absoluta e insanable de cualquier tipo de autorización de matanza o faena que hubiere sido otorgada al respecto, y que se imponga a los responsables el deber de recomponer y restablecer las condiciones del ambiente a su estado anterior a la producción del daño denunciado y, en caso de no resultar ellos técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a favor del Pueblo Nación Huarpe de San Luis, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental Creado por la ley 25.675.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N) le requiere a la A.P.N. que en un plazo de treinta días informe acerca de las cuestiones relativas a “la matanza y faena de burros silvestres”. Le solicita, además, que informe que medidas había adoptado al respecto y si había otorgado autorizaciones para tales hechos.

La A.P.N. cumplimenta los requerimientos, acompañando copia del informe del proyecto “Evaluación de la abundancia y selección de hábitat del burro africano silvestre (*Equus asinus*) en el Parque Nacional Sierra de las Quijadas, Provincia de San Luis (año 2013)” y copia de los “Lineamientos Estratégicos para el Manejo de Especies Exóticas en la A.P.N.”.

En su presentación, la A.P.N. califica a los burros de “especie exótica” en relación al Parque Nacional Sierra de las Quijadas, por lo cual considera aplicables los lineamientos mencionados (los cuales le permitirían ejercer un control sobre la población de la especie). Sin embargo, niega haber autorizado a tareas de eliminación de los burros silvestres y concluye con solicitar el rechazo de la medida cautelar. Seguidamente, la

provincia de San Luis solicita se rechace el informe presentado por la A.P.N. por considerarlo ser inexacto y reitera su solicitud de dictado de la medida cautelar.

Una vez presentadas las pruebas y requerimientos, la C.S.J.N. se expide y sostiene que: si bien “la admisibilidad de las medidas precautorias como la solicitada no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho, pesa sobre quien la solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de su verosimilitud y el peligro irreparable en la demora”, por lo cual rechaza la medida cautelar pretendida argumentando en que la provincia de San Luis no “ofreció ni produjo prueba alguna que permita afirmar que la A.P.N. haya otorgado autorizaciones para la matanza de burros silvestres, ni que haya iniciado actividades concretas con el fin de su erradicación del Parque Nacional Sierra de las Quijadas”.

III. ¿Insuficiencia en la prueba? La decisión de la Corte

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fundamenta el rechazo a la medida cautelar en la insuficiencia de la prueba y de los argumentos ofrecidos por la provincia de San Luis, la cual presento como tales, a las declaraciones testimoniales del Gobernador de la Provincia, de la señora Ministra de Turismo y las Culturas de la provincia, del Jefe del Programa de Culturas Originarias de la provincia, y del Cacique del Pueblo Nación Huarpe; y consideró que estos testimonios no constituían prueba más sólida que la producida por la A.P.N.

Secundariamente, argumentó, que en el hipotético caso que se hubiera autorizado o procedido con la caza, la misma estaría respaldada por las facultades que la ley 22.351 le otorga a la A.P.N. La misma, en su artículo 5, inc. g, prohíbe: “La introducción, trasplante y propagación de fauna y flora exóticas” en los parques nacionales, y en su inc. f, prohíbe: “La caza y cualquier otro tipo de acción sobre la fauna, salvo que fuere necesaria por razones de orden biológico, técnico o científico que aconsejen la captura o reducción de ejemplares de determinadas especies”. En los informes presentados por la A.P.N. se sostiene que los burros silvestres son una especie exótica al Parque Nacional Sierra de las Quijadas, característica que la provincia consideró errónea justificándose en la introducción de la especie antes de la entrada en vigencia de la resolución SAyDS 91/03 (Estrategia Nacional Sobre la Diversidad Biológica). Sin embargo, luego más adelante,

reconoció a la especie como exótica, por lo cual la A.P.N. estaría facultada por la ley 22.351 para autorizar su caza y proceder a su control.

Finalmente, la C.S.J.N. considera que, si la prueba ofrecida por la provincia de San Luis hubiera sido dirigida a probar que los burros silvestres son una especie *autóctona* en peligro de extinción o retroceso numérico, el poder ejecutivo, según los términos de la ley 22.421, art 20, está facultado para tomar medidas de emergencia para asegurar su repoblación y perpetuidad; lo cual hubiera dado lugar a la medida cautelar contra la A.P.N. Sin embargo, la provincia de San Luis no acreditó la calidad “autóctona” de los burros silvestres, no pudiendo justificar la medida pretendida en la ley 22.421.

IV. Sobre el Principio Precautorio y sus presupuestos

Si bien el derecho Ambiental es una rama relativamente moderna del derecho, el principio precautorio en el derecho ambiental, suele remitirse a la década del 1970. En Alemania se utilizó la “Vorsorgen-prinzip” para prevenir la polución del aire proveniente de la deforestación en 1969, perfilándose luego como “principio” en la década del 1980 en la protección del Mar del Norte y finalmente, se adopta en forma clara en la declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992.

La Ley General del Ambiente 25.675 de nuestro país, lo recepta en su artículo 4, “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”; y se fundamenta en nuestra constitución con el deber genérico de no degradar el medio ambiente.

La ley 25.675 nos deja en claro que los requerimientos esenciales para que proceda el principio precautorio son dos: el peligro de daño grave o irreversible y la ausencia de información o certeza científica.

En cuanto al peligro de daño grave o irreversible:

El principio no puede ser invocado en cualquier situación, sino siempre que se verifique la "amenaza de un daño grave o irreversible", lo cual requiere algunas precisiones: debe identificarse un producto, una sustancia

o una actividad; debe identificarse un daño futuro; debe tratarse de un daño grave, este requisito es fundamental porque la precaución no actúa frente a cualquier tipo de situaciones, sino en casos extremos y donde exista una necesidad de hacerlo porque los daños serán irreversibles [...]: y debe ser incierto. (Lorenzetti, 2008, pág. 90)

Podríamos decir que, en este caso, el peligro de daño grave o irreversible devendría como consecuencia de la caza indiscriminada del burro silvestre, sin embargo, dicha caza no pudo ser probada por la Provincia de San Luis y tampoco se ha identificado daño futuro alguno.

Respecto a la falta de información o certeza científica:

La incertidumbre científica se da cuando existe una sospecha científicamente fundada (no un simple temor) acerca del riesgo potencial que conlleva la actividad, producto o procedimientos sospechados. Vale decir que el funcionamiento del principio precautorio presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno, producto o procedimiento y que la evaluación científica no puede determinar el riesgo con certeza suficiente. Cuando exista 'una evaluación científica que determina que habría posibilidad —aunque en ausencia de certeza científica rigurosa— de riesgo del medio ambiente o a la salud y que la inacción puede traer graves consecuencias', debe funcionar el principio precautorio, siendo menester adoptar las medidas correspondientes tendientes a conjurar el riesgo o atenuar sus eventuales efectos. (Camps, 2014, pág. 2).

En cuanto a los efectos potencialmente peligrosos del fenómeno, si bien se deduce que la caza indiscriminada de una especie puede alterar el equilibrio de un ecosistema, lo cual generaría un riesgo potencial, en este caso es el fenómeno (la caza) lo que no puede ser probado.

Seguidamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es bastante clara al respecto:

Las medidas cautelares no exigen de los magistrados un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido y pesa sobre el que las solicita la carga de acreditar prima facie, entre otros extremos, la existencia de verosimilitud del derecho invocado, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen. (C.S.J.N., fallos 322:1135, 317:978, 323:1849),

esto implica el deber de la Provincia de San Luis en demostrar la verosimilitud del derecho que invoca.

Agrega la C.S.J.N. que “la aplicación del principio precautorio exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción” (C.S.J.N., fallo 339.142). Si hipotéticamente la A.P.N. hubiera sido encontrada responsable, sería su deber restituir las cosas a su estado inicial.

V. ¿Exótica o Autóctona?

En la consideración final de la C.S.J.N., se menciona el hecho de probar la calidad de especie autóctona en peligro de extinción de los burros silvestres y así tomar medidas según los términos de la ley 22.421.

Entonces, ¿Qué se define como una especie autóctona? Nos referimos a una *especie autóctona* como “plantas, animales, hongos y microorganismos presentes

naturalmente en una zona o región determinadas. Sinónimo: especie indígena” (FAO, 2014, anexo 2, pág. 96)

En cambio, una *especie introducida* es una “especie presente en un área externa a la zona en que históricamente se conoce su presencia debido a la dispersión intencionada o accidental por actividades humanas. Se conoce también como especie exótica”. (FAO, 2014, anexo 2, pág. 95)

En el caso de los burros silvestres (*Equus Africanus Asinus*), sus ancestros fueron originarios de África, domesticados en Egipto y alrededores como animales de carga y luego fueron introducidos en América por los europeos durante las conquistas (Rossel, S *et al*, 2008); por lo cual los convierte en una especie introducida o exótica.

Sin embargo, como punto de interés, vale la pena aclarar que el *Equus Africanus* se encuentra en la lista roja de las especies amenazadas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. (Moehlman *et al*, 2015).

Es importante resaltar que el *Equus Africanus* en peligro de extinción no es el mismo animal que el *Equus Africanus Asinus*, el cual es la versión doméstica del burro, y si bien su población ha disminuido como consecuencia de la modernización de las labores agrícolas, la explotación y el desinterés por su conservación (Starkey P. & M., 2004), no se encuentra en peligro de extinción.

VI. Reflexiones finales

Llama poderosamente la atención la imposibilidad y/o falta de interés de la actora respecto al ofrecimiento de pruebas más sólidas (recordemos que solo se ofrecieron testimonios orales), las cuales hubieran beneficiado su posición. A su vez, esta hace énfasis en la pretensión de un resarcimiento económico a favor del pueblo Nación Huarpe, que a diferencia del caso principal del cual es parte, en este incidente no está involucrado de forma directa.

Recordemos que las pruebas mencionada *ut supra* se refieren a la del hecho (la caza), que potencialmente, podría ser causa futura de un daño ambiental, y no a la prueba de la existencia del daño en sí, la cual no es exigible y que a futuro resultaría de los estudios de impacto ambientales que correspondieren.

Sin perjuicio de lo anterior y en personal concordancia con la C.S.J.N., se resuelve de manera eficaz este incidente. El peso de los informes que brinda la A.P.N. invalidan los dichos de la Provincia de San Luis y paralelamente, justifican medidas de caza y control en el hipotético caso de haberse dado el permiso para tales. Los testimonios ofrecidos simplemente no son prueba suficiente para justificar la medida.

A opinión personal, se deduce un interés superior al resarcimiento económico pretendido que el evitar un perjuicio al medio ambiente. Vemos incluso que la C.S.J.N., se expide y brinda un caso hipotético sobre cómo la Provincia de San Luis debería haber tratado de probar la condición “autóctona” de la especie con el objeto de desacreditar los informes de la A.P.N. y obtener el otorgamiento de la medida cautelar, que hace denotar, tal vez, una falta de compromiso por parte de la Provincia de San Luis.

Como punto final, el intento de adjudicarle la calidad autóctona al burro silvestre por parte de la actora justificándose en la introducción de la especie antes de la entrada en vigencia de la Resolución SAyDS 91/03 carece de sentido, siendo que la calidad autóctona de la especie deriva, como fue mencionado up supra, de su presencia natural en una zona determinada sin que proceda la intervención del ser humano y no de la resolución mencionada.

VII. Bibliografía

- ANDORNO, Roberto (2002). *El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica*; Diario La Ley.
- CAMPS, Carlos E. (2014). *Teoría cautelar ambiental y principio precautorio*. Revista de Derecho Ambiental N° 39, 2014. Abeledo Perrot.
- FALLO 317:978, “Eco Service S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad”, del 22 de julio de 1994.
- FALLO 322:1135, “Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, del 31 de mayo de 1999.

- FALLO 323:1849, “Santa Cruz, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, del 11 de julio del 2000.
- FALLO 339.142, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otros s/ sumarísimo”, del 23 de febrero del 2016.
- FAO. (2012). Guía para la aplicación de normas fitosanitarias en el sector forestal.
- LEY 22.351, “Declaración de Reservas”. Publicada en el Boletín Oficial No. 24564 del 12 de diciembre de 1980. Argentina.
- LEY 22.421, “Conservación de la Fauna”. Publicada en el Boletín Oficial No. 24626, página 7, del 12 de marzo de 1981. Argentina.
- LEY 25.675, “Presupuestos Mínimos para Gestión Sustentable”. Publicada en el Boletín Oficial No. 30036, página 2, del 28 de noviembre de 2002. Argentina.
- LORENZETTI, Ricardo L. (2008). *Teoría de Derecho Ambiental*. La Ley.
- MOEHLMAN, P.D., KEBEDE, F. & YOHANNES, H. (2015). *Equus africanus*. The IUCN Red List of Threatened Species 2015: e. T7949A45170994.
- ROSSEL, S., MARSHALL, F. ET AL. (2008) *Domestication of the donkey: Timing, processes, and indicators*. Proceedings of the National Academy of Sciences. Marzo 11, 2008.
- STARKEY, Paul; STARKEY, Malcom. (2004), “*Regional and world trends in donkey populations*”. ATNESA, recuperado de <http://www.atnesa.org>.