

Título: **Una nueva aplicación del principio precautorio en un fallo sobre la fumigación con agrotóxicos**
Autor: Lo Giudice, Diego
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Ambiental, Junio 2021 - Número 2
Fecha: 07-06-2021 Cita Digital: ED-MCCCLXXX-189

Una nueva aplicación del principio precautorio en un fallo sobre la fumigación con agrotóxicos(*)

por Diego Lo Giudice

Sumario: I. El fallo comentado. - II. Antecedentes. Regulación legal. - III. Alcance del principio precautorio. La relación con el principio de prevención. - IV. Aplicación del principio precautorio. IV.1. Caracterización. IV.2. La certeza científica. IV.3. Supuestos de aplicación. IV.4. Antecedentes en la jurisprudencia nacional. IV.4.i. Aspectos generales. IV.4.ii. El principio precautorio en la Corte Suprema. IV.4.iii. El tratamiento en otros tribunales nacionales. IV.4.iv. Antecedentes en la Provincia de Santa Fe. - V. Aspectos procesales. V.1. Importancia. V.2. Medidas cautelares. V.3. Prueba. - VI. Conclusión.

I. El fallo comentado (1)

Dos vecinos de la localidad de Zenón Pereyra iniciaron una acción de amparo contra el dueño de un campo, su inquilino, la Comuna y subsidiariamente contra la Provincia de Santa Fe -alegando su carácter de autoridad de aplicación de la ley 11.273-, para que se prohíba la fumigación con agroquímicos en terrenos cercanos (que en ningún caso debía ser menor a mil metros de la vivienda en la que residían). Reclamaron, además, la creación de un “cerco vivo” de árboles a fin de mitigar los efectos contaminantes.

El juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión y fijó la distancia en quinientos metros de la propiedad de los actores. Sin embargo, no se expidió sobre el pedido relativo al plantado de un perímetro con fines preventivos, por considerar que no se habían acompañado los elementos de mérito suficientes. Ambas partes apelaron y mantuvieron el recurso de nulidad.

La Cámara de Apelaciones de Santa Fe consideró nula la sentencia por dos razones: la falta de fundamentación suficiente y no haberse manifestado respecto del pedido de la plantación de una barrera arbórea.

En cuanto al límite, entendió que debía extenderse de 100 metros -que es el contemplado por la ordenanza para fumigaciones terrestres- a 1000 metros. Tuvo en cuenta los principios precautorio y de progresividad, valorando los intereses de los individuos involucrados y de la comunidad en su conjunto.

Respecto del pedido relativo a la plantación de un cerco, manifestó: “Establecida con tales alcances la protección de la vivienda de los actores ante las eventuales ‘derivadas’ de las fumigaciones que puedan realizarse en el predio vecino, no se advierte que existan elementos que sustenten la pretensión adicional de colocación de una barrera arbórea sobre el límite exterior de la explotación agrícola, sin perjuicio -claro está- de que corresponda exhortar a la autoridad comunal y a quienes exploten los terrenos a que realicen las gestiones necesarias ante las autoridades provinciales a fin de que se les proporcionen especies adecuadas para maximizar la protección del ejido urbano mediante una ‘cortina forestal’, con arreglo a lo previsto en la reciente ‘Ley del árbol’ (nro. 13.836)”.

II. Antecedentes. Regulación legal

El principio precautorio tuvo sus inicios en la jurisprudencia estadounidense, que lo utilizó para fundar algunas decisiones en materia de salud, seguridad y medio ambiente. Posteriormente fue contemplado por la Ley de Protección Ambiental de Suecia (1969) y con la regulación del Vorsorgeprinzip como uno de los principios de la Ley Ambiental alemana (1971)(2). Se ha sostenido que esta noción “implica mucho más que la traducción inglesa de planificación preventiva; el concepto encierra nociones de prevención de riesgos, costo efectividad, responsabilidades éticas para la manutención de los sistemas naturales y de la falibilidad de la comprensión humana”(3).

Más tarde fue tratado por el derecho internacional en numerosas convenciones y tratados: Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972, Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (art. 206), Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 (párrafo 11), Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte de 1987, Convención de Bamako de 1991 relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y al control de sus movimientos transfronterizos en África, Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (acta de conformidad 151/5, de fecha 7 de mayo de 1992), Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (aprobada por nuestro país por la ley 24.295), Convenio sobre la Diversidad Biológica (que fue aprobado por la ley 24.375 y que refiere a él en su Preámbulo), Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Persistentes (COPS) 2001 (aprobado por la ley 26.011), Ronda Uruguay del GATT que crea la Organización Mundial de Comercio (1994), Acuerdo para la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias SPS, Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio (TBT), OMC 1994, Convenio de Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 2001), Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, Anexo del Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002), entre otros(4).

Como se advierte en la enumeración precedente, la mayoría de las fuentes internacionales lo abordan desde el punto de vista ambiental, aunque también se ha previsto su aplicación para los supuestos de protección de la salud(5), alimentario(6) y productos elaborados(7).

A pesar de la extensa cantidad de instrumentos que lo tratan, se advierte una escasa aplicación por parte de la Corte Internacional de La Haya, y en los organismos regionales de derechos humanos no existe una línea clara y definida sobre su procedencia(8).

En nuestro país está regulado en la Ley General del Ambiente, que en su art. 4º lo enuncia como uno de los principios del derecho ambiental y lo caracteriza del siguiente modo: “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”.

La solución es propicia en este sector debido a que el daño puede ser irreparable. La prioridad es evitarlo y para ello se deben tomar mayores recaudos que los ordinarios, a pesar de los inconvenientes que pueda generar su aplicación.

También debe tenerse en cuenta en cada caso concreto cuál es la normativa local aplicable. En el fallo comentado, la problemática residía en la falta de adecuación de la Ordenanza 11/2011 a la evolución tecnológica, por lo que el tribunal destacó la necesidad de un control administrativo para asegurar la protección de los individuos, sin caer en la tentación del beneficio económico.

En cuanto a la relación entre la evitación de daños y las exigencias de la producción, se advierten distintas posturas(9):

- a) Una línea de pensamiento defiende el “riesgo cero” y propone postergar o detener definitivamente la actividad, sin importar los costos ni las pérdidas. Se ha calificado a esta idea como “irrealista y peligrosa, pues amenaza con conducir a una paralización total de la actividad económica”(10).
- b) En cambio, para otra posición doctrinaria solamente es posible su aplicación ante riesgos muy probables, que puedan generar perjuicios graves o no subsanables. Exigen, además, que los costos no sean excesivos y representen alguna ventaja como contrapartida. Se critica a esta opinión en cuanto reduce la eficacia del principio y, si es llevada al extremo, tiende a asimilar precaución con prevención(11).
- c) Una tesis intermedia opina que, ante un riesgo calificado como “creíble” y “plausible” por parte significativa de la comunidad científica, se justifican medidas positivas de investigación, sin descartar la posibilidad de suspender la actividad si así lo aconseja una comparación entre costo-beneficio (no solo económico, sino también social, cultural y ético)(12).

Creemos que deben tenerse en cuenta distintos aspectos al momento de valorar si corresponde la aplicación de este principio. El costo debe tenerse en cuenta -en sus distintas manifestaciones-, pero, cuando las consecuencias de la falta de actuación pueden ser graves para el ambiente o los individuos, su aplicación es imperativa.

III. Alcance del principio precautorio. La relación con el principio de prevención

La redacción del art. 4º de la Ley General del Ambiente no deja dudas sobre su procedencia en materia ambiental. El reconocimiento expreso que realiza la norma respecto de los principios de prevención y precaución constituyó un gran avance en la forma de interpretar la responsabilidad civil, debido a que contempló la posibilidad de evitar la producción de daños antes de la regulación de la función preventiva en el Código Civil y Comercial.

Al primero de ellos lo contempla en los siguientes términos: “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”.

La indemnización del daño o cualquier sanción impuesta a posteriori podrían resultar inútiles cuando el perjuicio es grave e irreversible. Por este motivo, el derecho ambiental se apoya en el principio preventivo, que le asegura llegar “antes” al daño y evitar su acaecimiento. Lorenzetti explica que se les asigna a las empresas una función de agente de prevención debido a que, en materia de contaminación, se les imponen deberes preventivos como los de seguridad en el proceso de producción y evitación de daños materiales a terceros(13).

A su vez, el art. 1711 del Código Civil y Comercial reconoce la posibilidad de ejercer la acción preventiva cuando “... una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...”. Esto implica que pueda ser previsto o ingrese dentro de las previsiones normales(14), para lo cual es necesario que tenga un basamento científico y pueda ser percibido con anticipación(15).

El principio precautorio, por su parte, tiene relevancia cuando la función preventiva no es suficiente para resguardar el ambiente. Se sabe que existe un peligro, pero no hay certeza científica sobre la potencialidad dañosa del agente. Al igual que en la prevención, se busca evitar la producción del daño o su agravamiento, aunque se diferencia en el grado de conocimiento que tiene el juez al momento de resolver.

En la doctrina se debate si existe una relación de género a especie entre estos principios o si es necesario distinguirlos en forma tajante:

- a) Una postura entiende el principio de precaución como una manifestación del preventivo (Hutchinson, Milaré(16), Cossari(17), Goldenberg y Cafferatta(18)).

En la comisión 3 de las XXIII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 2011, las conclusiones generales adoptadas por mayoría(19) de lege lata fueron: i) la función preventiva es prioritaria en el derecho de daños; ii) los principios de prevención y precaución se inscriben dentro de esa función; iii) ambos proyectan su operatividad en el campo sustancial y procesal; iv) las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial.

- b) Otra tendencia doctrinaria considera que estas figuras tienen distintos fundamentos: en el primer supuesto se plantea una ausencia de seguridad científica; hay duda o incertidumbre acerca de los efectos que un acto puede producir sobre el medio ambiente. En el segundo, nos encontramos frente a una amenaza cierta.

Los autores han diferenciado estos institutos de la siguiente manera:

- Andorno explicaba que "...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, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca frente a un riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial"(20).

- Según Alferillo, este razonamiento lleva a concluir que el principio precautorio no está contenido dentro de la función preventiva del daño "... aun cuando el artículo 14 regule que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general"(21). El autor sostiene que el Código Civil y Comercial es la base troncal de todo el derecho, por lo que la función preventiva es un piso ineludible para el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, puede ser mejorada por las leyes especiales (como la Ley General del Ambiente)(22).

- En sentido similar, Zavala de González señala que "la prevención funciona ante una situación de riesgo conocida, como origen probable de daños inmediatos o futuros; en su caso, la duda recae sobre si, cuándo y cómo se producirá en concreto el evento nocivo"(23). En ella no se exige una certeza absoluta sobre la producción de un daño futuro, sino una seria probabilidad o previsibilidad objetiva(24).

- Por otra parte, Sozzo diferencia ambas figuras y, a la vez, analiza sus puntos en común. Destaca que, aunque la precaución no puede transformarse en una función del derecho de daños, su relación con la prevención continuará creciendo en la práctica, lo que contribuirá a enriquecerla. Luego destaca que esa zona de contacto debe generar "1) una nueva dogmática sustancial de la prevención; delimitándola mejor de la precaución, y fundamentalmente reformando tecnologías que forman parte del dispositivo de prevención del daño: a) creando deberes de información con objetivo precautorio; b) creando obligaciones de seguir investigando con fines precautorios; c) generando obligaciones de seguimiento (traza de productos, monitoreos ambientales) con fundamento precautorio; 2) una nueva dogmática procesal de la prevención del daño en la que se recojan las reformas de los presupuestos de las acciones de tutela inhibitoria".

La distinción entre ambos es, en realidad, un problema fundamentalmente teórico y no se presentan grandes inconvenientes en la práctica. No creemos que las posturas sean tan opuestas. En definitiva, cada instituto tiene su propio ámbito de aplicación(25) y la adopción de una u otra línea de opinión doctrinaria no modifica la situación. Puede advertirse que quienes lo consideran una especie de la función preventiva no le asignan alcances mayores que aquellos que niegan este carácter.

Una cuestión distinta -que sí podría tener gran importancia en la praxis jurídica- es si el principio precautorio debe funcionar solamente en el ámbito ambiental o si puede ser extendido a otros supuestos(26).

Desde otro punto de vista, nada impediría que la normativa del Código Civil y Comercial se aplique por analogía a las acciones precautorias. A modo de ejemplo, sería importante tener en cuenta los criterios establecidos por el art. 1710 y siguientes sobre las medidas por adoptar, la menor restricción posible y el medio más idóneo para lograr la prevención, los tipos de obligaciones que puede imponer el juez, etc.

El principio precautorio constituye un paso más allá que la prevención, ya que pone el acento en la necesidad de evitar el daño incluso cuando no exista certeza sobre la posibilidad de su producción. Implica una obligación mayor para los individuos que lleven a cabo actividades productivas(27), porque deberán adoptar medidas aunque haya incerteza.

Debemos comenzar por reconocer que, incluso en el ámbito de la prevención, sería excesivo exigir que la demostración de que ocurrirá un perjuicio sea inequívoca(28). Al tratarse de un acontecimiento futuro, se conoce el riesgo, pero no se sabe si el daño se producirá, cuándo tendrá lugar y en qué circunstancias. Lo cierto es la amenaza.

En cambio, al ingresar en el ámbito precautorio, la duda recae sobre lo incierto: no se ha comprobado el nexo entre la aplicación de determinada tecnología y su nocividad.

Podemos decir, en definitiva, que la diferencia esencial radica en que la prevención actúa sobre la certidumbre, mientras que la precaución carece de ella(29) y busca impedir riesgos con efectos desconocidos e imprevisibles(30).

IV. Aplicación del principio precautorio

IV.1. Caracterización

Hemos señalado que este principio está previsto en la normativa ambiental, que no admite la falta de certeza científica como impedimento para adoptar medidas frente a un peligro grave e inminente. En cambio, no está regulado en el Código Civil y Comercial, que solamente hace referencia a la prevención.

La falta de regulación de la precaución como función o principio del derecho privado se funda, para Sozzo(31), en distintas razones: las críticas atendibles que se han formulado al principio, la falta de madurez respecto de la aplicación en el campo judicial y su escasa utilización como directriz para la organización de la decisión política en cuanto a riesgos. Agrega el autor: "Aun siendo microsistémico, si los operadores del campo legal asumen que es necesario integrar el sistema de derecho privado complejo con una pluralidad de fuentes, tal como lo plantea el Código Civil y Comercial de la Nación, entre ellas las leyes microsistémicas, el principio precautorio debería ser considerado en: a) las decisiones sobre los daños ambientales indirectos a la salud humana; b) las decisiones que involucren el principio de consumo sustentable; c) los daños de casos de ambientales directos".

Debe procurarse obtener un equilibrio: no es saludable caer en un temor irracional o infundado ni tampoco en una pasividad irresponsable ante prácticas que podrían llegar a ser dañinas. En definitiva, cuando se trata de derechos fundamentales y se presenta el dilema entre una acción que pueda resultar temprana e intempestiva y los riesgos de la demora, el principio precautorio se inclina por la primera solución(32).

La doctrina ha destacado como presupuestos para su procedencia: a) interés razonable; b) riesgo o amenaza de un peligro grave e irreversible (aunque sin llegar al grado de verosimilitud que se exige en acciones preventivas); c) incertidumbre o ausencia de información científica(33).

A su vez, en cuanto al segundo de ellos, pueden señalarse como pautas para apreciar su gravedad(34):

- 1) La dispersión geográfica del daño.
- 2) La mayor probabilidad de que el perjuicio se prolongue en el tiempo (y el lapso de recuperación del medio ambiente).
- 3) Su carácter irreversible.

Las medidas adoptadas deben cumplir con las exigencias de proporcionalidad (en el caso, la restricción efectuada al demandado es menos importante que la posible afectación de los derechos esenciales de los amparistas), transparencia, provisoriedad y eficacia en función de los costos(35). Se advierte que el tribunal aconseja -siguiendo la tendencia del derecho comparado- el empleo de herbicidas no perjudiciales para la salud ni contaminantes (“ecofriendly”) o la reorientación hacia otras explotaciones menos dependientes de estos agroquímicos.

IV.2. La certeza científica

Para la aplicación del principio de precaución es necesario un análisis científico del peligro(36). Si bien la ley habla de ausencia de información o falta de certeza científica, no se podría paralizar una actividad por mero capricho, sino que esta posibilidad sería viable recién luego de examinado el riesgo y determinada la ausencia de conocimiento respecto del tema. No se trata de cualquier incertidumbre: es necesaria una controversia desde el punto de vista científico(37).

Su aplicación debe ser razonable para no frenar el progreso y lograr que los métodos utilizados reduzcan los márgenes de inseguridad(38), por lo que, además, el daño que se pretende evitar debe ser significativo(39). Esa ausencia de certidumbre se refiere a los hechos y no al derecho(40), por lo que no se extiende a la interpretación jurídica de las normas aplicables al caso(41). Puede derivar de la información existente (por ser insuficiente o existir controversias acerca de las características del método utilizado), las variables elegidas, las medidas tomadas, las muestras recogidas, los modelos usados, los elementos cuantitativos o cualitativos de análisis y la relación causal empleada(42).

Debido a que se trata de un instituto que se aplica ante controversias científicas, en las que existen diversas opiniones por parte de quienes realizan las pericias, sería conveniente que los jueces comiencen a tener un marco de actuación más relevante en este punto. En los Estados Unidos, por ejemplo, se distingue la good science de la bad science. La primera de ellas tiene ciertos indicadores: “(a) ha sido testeada científicamente, es decir, elaborada a través de un método científico aprobado como adecuado por la comunidad científica; (b) que el conocimiento haya sido evaluado por pares (peer review) para su publicación en una revista científica; (c) que se informe cuál es el margen de error de las técnicas científicas empleadas para obtener los conocimientos; (d) finalmente, debe tratarse de un conocimiento aceptado por la comunidad científica”. Debe tratarse de una ciencia adecuada y no “regular”. Sin embargo, reconoce Sozzo que en nuestro país esta posibilidad se adecúa bien a las ciencias naturales pero no a las ciencias sociales, debido a la escasa presencia de revistas con referato de pares evaluadores e indexadas en idioma español(43).

Coincidimos con Cossari en cuanto señala que no es necesario que se utilice como parámetro la postura mayoritaria para la toma de decisiones. Aunque se trate de un sector minoritario dentro de la comunidad científica, debe tenerse en cuenta su opinión de acuerdo con su credibilidad y reputación(44).

Se ha dicho que con su regulación se incorpora la incerteza al derecho de daños -aunque se lo haga en un ámbito particular-, por lo que debe ser utilizado con suma prudencia para no generar inercia y vulnerar los niveles de desarrollo sustentable que son deseables(45). La tutela del ambiente debe armonizarse con ellos, debido a que es necesario que el progreso no se detenga y sea perdurable en el tiempo(46).

IV.3. Supuestos de aplicación

Este principio también se considera importante frente a otros daños con similar incidencia colectiva o cuando existe un riesgo de contingencias catastróficas, “... aunque sea inalcanzable eliminar las fuentes de peligros -como cierres de plantas de energía nuclear, consideradas como mal necesario- proceden previsiones de seguridad rigurosas y superiores en comparación con pautas racionales vigentes ante otros riesgos, así aquellas sean extraordinarias y muy costosas”(47).

El problema puede surgir ante el planteo de extender la aplicación de la precaución a supuestos no comprendidos en la Ley General del Ambiente. Consideramos que se trata de un principio general que puede extenderse a otros ámbitos(48), cuando estén en juego bienes de gran importancia para el hombre, como la vida o la salud(49). Kemelmajer de Carlucci, en cambio, entiende que en el derecho argentino no existe un desarrollo suficiente del tema como para poder extenderlo a todos los campos del derecho de daños(50).

En el derecho comparado ha ingresado en sectores como la responsabilidad por alimentos, cuestiones vinculadas con la salud (como sangre contaminada), nanotecnología, entre otros. Ha generado debates también en materia de responsabilidad de profesionales médicos, proveedores informáticos o bioética(51).

En nuestro país, se ha propuesto su procedencia para los supuestos de ambientes de trabajo aparentemente nocivos(52), productos elaborados(53) y se advierte algún precedente con relación a la falta de certeza sobre la eficacia de un medicamento dentro de una acción de amparo(54).

Es aplicable tanto frente al Estado como a los particulares(55). Aquí, en particular, la demanda fue interpuesta contra individuos privados que realizaban fumigaciones y contra la Comuna de Zenón Pereyra, que no adecuó su legislación a las exigencias protectorias necesarias en la materia, lo cual obligó a una respuesta jurisdiccional.

Como bien señala Cossari, pueden advertirse distintas situaciones: a) que no exista un daño pero haya una posibilidad fundada de que se produzca (por ej., las radiaciones producidas por aparatos de telefonía celular); b) que el daño se haya producido pero no pueda ser percibido (por ej., el impacto a la salud de los productos transgénicos); y c) que el daño esté configurado y se sospeche fundadamente de su causa, pero sin poder acreditar todavía la relación de causalidad(56).

IV.4. Antecedentes en la jurisprudencia nacional

IV.4.i. Aspectos generales

La cuestión ha sido tratada en numerosos casos similares al que abordamos, en los que se ha debatido la fumigación con agrotóxicos y el límite hasta el cual se permite esa actividad(57), aunque también se advierten decisiones frente a las radiaciones de campos electromagnéticos(58) y otros supuestos(59).

En la primera hipótesis se presenta una situación compleja para el juzgador: no es sencillo determinar cuál es el umbral protectorio mínimo que debe adoptarse. El fallo comentado destaca que se advierte un nivel creciente de exigencia en este sentido, “orientado a asegurar que las prácticas agrícolas no afecten de manera desproporcionada los derechos de las personas que, por razones de residencia, de formación o de trabajo, habiten en lugares adyacentes a los terrenos donde se realicen las explotaciones, ante la elemental evidencia de la diferente jerarquía de los bienes o principios en tensión -que, si bien se mira, también incluyen los que corresponden a las personas que aún no han nacido, con las cuales también tenemos un débito de justicia intergeneracional-”.

Sucede que, a fin de cuentas, incluso luego de la aplicación de este principio no se sabe a ciencia cierta si las medidas evitarán todo tipo de daños en la población. Por este motivo, debe procurarse la mayor protección posible sin afectar de manera desproporcionada a las personas.

IV.4.ii. El principio precautorio en la Corte Suprema

El Máximo Tribunal ha utilizado ampliamente este principio(60):

a) La postura disidente en el fallo “Asociación Superficiales de la Patagonia c/ YPF S.A.”(61) tuvo en cuenta la precaución para solicitar que los demandados acrediten la contratación de un seguro en virtud de la normativa vigente. La mayoría, en cambio, desechó esta posibilidad, así como también la medida de cese peticionada por los actores.

b) En el fallo “Salas”(62) prohibió la tala y el desmonte que había autorizado la Provincia de Salta en algunas localidades, debido a que “... se otorgaron autorizaciones [...] tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar y que, en palabras expresadas por el representante de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en la audiencia pública del día 18 de febrero del corriente año, seguramente será negativo”. Por esta razón, se suspendió la ejecución del acto administrativo que las dispuso, hasta tanto se realicen los estudios de impacto ambiental correspondientes.

c) El dictamen del procurador general, que la Corte Suprema siguió en el fallo “Papel Prensa”, sostuvo que “el principio precautorio exige que, ante el peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la ausencia de información o la falta de certeza científica no puedan ser utilizadas como razones para postergar la adopción de medidas eficaces tendientes a impedir la degradación del medio ambiente”(63).

d) En un fallo cuya competencia estaba discutida debido al carácter binacional del asunto, requirió igualmente informes a la compañía nacional involucrada(64).

e) También dejó sin efecto una sentencia de un tribunal inferior que rechazó una medida cautelar sin tener en cuenta las pruebas aportadas por el actor(65).

f) Dejó sin efecto una sentencia del Superior Tribunal de Entre Ríos que había revocado un fallo de primera instancia que ordenaba el cese de un proyecto inmobiliario y condenaba a la recomposición del ambiente(66).

g) En otro supuesto, consideró arbitrario el levantamiento de una medida cautelar debido a que el demandado no había presentado el estudio de impacto ambiental correspondiente(67).

h) Se expidió ante un caso relativo a la protección de una cuenca hídrica interjurisdiccional en la que existían derrames de petróleo, al sostener que corresponde intervenir a la Corte con competencia originaria y adoptar una medida cautelar para evitar la continuación de la explotación de hidrocarburos. Ella debía tener en cuenta la totalidad de la cuenca, debido a que “los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales”(68).

i) Cabe destacar que en numerosos casos la Corte se declaró incompetente o rechazó los planteos por cuestiones formales(69).

Es destacable, además, que en distintas ocasiones tuvo en cuenta el principio in dubio pro natura(70).

Bestani explica que la Corte configura al principio de precaución como “a) un principio de carácter amplio (Asoc. Superficiales); b) una pauta de interpretación de la LGA; c) un principio jurídico de derecho sustantivo; d) una guía de conducta que obliga a actuar en situaciones de incertidumbre científica sin perjuicio de efectuarse un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego; e) un principio que, a pesar de su importancia, reconoce límites -como toda la normativa ambiental-, pues no puede afectar, con su aplicación indiscriminada, otros derechos o garantías fundamentales”(71).

IV.4.iii. El tratamiento en otros tribunales nacionales

También lo ha aplicado la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires para hacer cesar las fumigaciones realizadas en un área ecológica protegida(72).

Por su parte, el Tribunal Supremo de Tucumán rechazó los reclamos dirigidos al resarcimiento y recomposición por la supuesta contaminación de un manantial, pero le ordenó al demandado que acompañe informes sobre la actividad realizada, con base en este principio(73).

Luego de la sentencia de la Corte Suprema, que ordenó adoptar medidas para el cese de las construcciones en humedales sin un estudio de impacto ambiental previo y ordenó la recomposición del ambiente, con fundamento en el principio precautorio, el Superior Tribunal de Entre Ríos se expidió al respecto(74).

En otro fallo, similar al que aquí comentamos, resolvió la cuestión relativa a la fumigación con agrotóxicos. Admitió el pedido sobre una línea divisoria de 1000 metros de modo terrestre y 3000 metros por vía aérea hasta que se pueda determinar que “se obtendrán idénticos efectos preventivos para la salud de alumnado y personal que asiste a los mismos con distancias diferentes” y que la provincia realice estudios de impacto ambiental(75), lo que no fue cumplido y motivó una nueva judicialización del conflicto, que fue resuelta mediante la declaración de inconstitucionalidad del decreto que dispuso las distancias necesarias(76).

En sentido contrario, se ha sostenido en un supuesto referido a la aplicación de glifosato que “corresponde así estar el rechazo de la medida cautelar pretendida toda vez que no resulta aplicable -en la especie- el principio precautorio de política ambiental contenido en el art. 4° de la ley 25.675, por no hallarse acreditado -en este estado inicial del proceso- un supuesto de peligro de daño grave o irreversible, en tanto no se puede concluir en la existencia de consenso, sino -más bien- de debate sobre la cuestión a nivel científico respecto del impacto ambiental y en la salud por la liberación de nuevos eventos genéticamente modificados”(77). Aunque a simple vista pareciera que al existir un debate quedaría habilitada la aplicación de este principio, la realidad es que, en el caso concreto, la decisión consideró excesiva la petición de la actora tendiente a evitar cualquier utilización de semillas transgénicas y agroquímicos, sin reparar en supuestos concretos.

IV.4.iv. Antecedentes en la Provincia de Santa Fe

El primero había sido el fallo “Peralta” dictado por la sala II de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe, que luego de ponderar distintos estudios y posturas científicas le impuso al demandado la prohibición de fumigar por un plazo de seis meses, hasta tanto se realicen análisis más detallados que permitan conocer la existencia concreta de un riesgo. Destacó que es necesario que existan “buenas razones” para entender que podría generarse un daño a la salud o el ambiente, por lo que se requiere que sean serias y fundadas(78). Cabe tener presente que no se trató de una mera expresión del tribunal, sino que la fundamentación brindada fue abundante y precisa.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe tuvo en cuenta el principio de precaución y el principio in dubio pro natura para rechazar el recurso interpuesto por una empresa de tratamiento de residuos líquidos que había iniciado distintas acciones de amparo con el fin de evitar la imposición de ciertas decisiones y ordenanzas que, entre otras cuestiones, le impedían realizar su actividad(79).

V. Aspectos procesales

V.1. Importancia

Es necesario tener en cuenta que el derecho procesal cumple una función muy importante en estos casos. Al igual que sucede con la acción preventiva, no se contemplan las vías para hacer efectivo este principio, por lo que corresponde a quien lo solicita encauzarlo de un modo adecuado. Se trata de una guía de conducta, aunque los caminos para llevarla a cabo están contenidos en la regulación procesal(80). Es cierto que el carácter oficioso en materia ambiental podría justificar algún apartamiento de esta regla en casos de un peligro grave y el tratamiento de la cuestión por parte del juez.

Además, debe tenerse en cuenta el carácter instrumental del derecho procesal en relación con el derecho de fondo(81). Su finalidad es lograr que se cumplan los postulados de la legislación sustancial, sin constituirse en una traba para el cumplimiento de ellos. Esto tiene mayor relevancia en esta materia ante el peligro de un daño al ambiente.

Las principales acciones a tener en cuenta son el amparo colectivo (art. 30 de la Ley General del Ambiente) y las acciones colectivas en general, por tratarse de derechos de incidencia colectiva (según las pautas establecidas en el fallo “Halabi”(82)). No vemos inconveniente, sin embargo, para que se utilice un proceso ordinario para tratar la cuestión si las características del caso lo aconsejan(83), sumarísimo (de modo análogo a la opinión doctrinaria respecto de las acciones preventivas)(84) o por medio de procesos urgentes.

V.2. Medidas cautelares

Debe adecuarse el requisito de verosimilitud en el derecho a las acciones precautorias, debido a la falta de certeza científica que se advierte. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires(85) así lo ha entendido y la Corte Suprema ha hecho funcionar el principio precautorio en el marco de otro juicio a fin de tenerla por acreditada(86).

Nos parece que aquí deben tenerse en cuenta los principios ambientales que se encuentran en juego, que deben hacerse efectivos por medio del derecho procesal y no ser coartados por un excesivo rigor formal. Tiene importancia en este punto la teoría de los vasos comunicantes, que permite la adopción de medidas cautelares cuando se resiente la configuración de alguno de los requisitos para la procedencia de las medidas precautorias, pero la marcada presencia de los restantes habilita su dictado(87). En estos supuestos, el peligro en la demora juega un papel fundamental. La postergación de las medidas necesarias puede causar un daño al ambiente, que debe ser especialmente protegido.

Otra cuestión opinable es el carácter de las resoluciones que se dictan en aquellos casos fundados en el principio precautorio. Lorenzetti ha destacado en distintas oportunidades que en estos casos la sentencia siempre es definitiva y no debe ser asimilada a una medida cautelar. En cambio, otros ministros han sostenido posturas disímiles, según el supuesto concreto(88).

Ahora bien, esta situación no debe confundirse con la provisoriedad a la que hemos aludido en apartados anteriores. Una cuestión es si pueden considerarse definitivas a fin de ser tratadas por el Máximo Tribunal, mientras que otra distinta es esta posibilidad de modificar las medidas con posterioridad atendiendo a las nuevas circunstancias. Esto se funda en la falta de certeza científica al momento de adoptarlas(89).

Luego de dictada la sentencia, habitualmente debe continuarse con el seguimiento del cumplimiento de las disposiciones(90). Incluso la Corte, al rechazar una acción en la que no se demostró la posibilidad de que el combustible quemado que pretendía ingresarse al país desde Australia fuera peligroso, admitió que el demandante puede continuar vigilando que no genere una amenaza con posterioridad(91).

Coincidimos con Peyrano en que no pueden admitirse obstáculos dilatorios injustificados en esta materia, como el pedido de mediación, la exigencia de reclamo administrativo previo, etc.(92).

V.3. Prueba

En principio, la prueba recae sobre el actor, quien debe aportar elementos que demuestren al juez que existe una incertidumbre científica para que se justifique su aplicación. Sin embargo, es importante tener en cuenta que en esta materia es generalmente el demandado quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el carácter inocuo de su actividad(93), por lo que es saludable un criterio de flexibilización de la prueba en favor de quien inicia una acción precautoria(94).

Por esta razón, como sucede en los supuestos de aplicación de cargas probatorias dinámicas, es necesario que el demandante arrime al proceso un indicio serio, y a partir de allí quedará en cabeza de la otra parte la tarea de probar que no es cierto(95).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no puede llevarse esta noción a un extremo. El procurador general, en su dictamen en el caso “Werneke”, ha expresado lo siguiente: “Cuando se afirma que el principio de precaución implica una inversión de la carga de la prueba no debe entenderse esta expresión en su sentido literal o estricto. Es decir, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un riesgo cero. Precisamente, en un terreno dominado por las incertidumbres científicas sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo, porque ello supondría reclamar una prueba imposible, una prueba negativa (probatio diabolica). De lo que se trata, en realidad, es de promover un rol más activo del introductor del riesgo en el esfuerzo orientado a determinar su grado de probabilidad y magnitud. Es decir, el principio de precaución faculta a las autoridades públicas a exigir a quien introduce productos o desarrolla actividades potencialmente riesgosas que aporte sus propias conclusiones científicas sobre la base de las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente”(96).

La falta de certeza científica no debe ser caprichosa, sino que debe contar con un respaldo. No podría el actor simplemente limitarse a señalar que existe una duda y solicitar la aplicación de este principio, sin demostrar que la cuestión es científicamente incierta(97). El juez, al momento de adoptar una decisión, debe contar con elementos serios aunque insuficientes para lograr una certeza sobre la probabilidad de ocurrencia de un daño futuro. En el presente caso se advierte una amplia fundamentación, no solo desde el punto de vista jurisprudencial sino también desde el aspecto científico, con referencia a la evolución que ha tenido el tema tanto en nuestro país como en el extranjero.

No puede equipararse la incerteza en la ciencia con la falta, insuficiencia, discordancia o contradicción en las pruebas producidas(98). Si bien frente a la duda es aplicable el principio precautorio(99), ella debe surgir de un análisis razonable del material disponible.

Los tribunales cuentan con amplias facultades para disponer las pruebas que consideren necesarias, de conformidad con lo previsto en el art. 32 de la Ley General del Ambiente. Asimismo, podrá ordenar anticipadamente la producción de algún medio probatorio ofrecido por las partes(100) o disponer uno distinto.

Un problema que suele generarse en el marco de las acciones de amparo es la imposibilidad de producir prueba pericial. Sin embargo, en ocasiones será indispensable comprobar la situación contaminante. Habitualmente se utilizan estudios previos o se realizan aseguramientos de pruebas a fin de contar con elementos que permitan llevar adelante un proceso eficaz. Creemos que frente a esta situación es necesario flexibilizar los términos de la acción de amparo y permitir que se produzca esta prueba dentro del proceso.

Sería importante, además, que en ciertos supuestos se realicen pericias científicas -vale decir, a quien haya sido investigador en la materia para que explique el “estado del arte”- y se soliciten informes a las universidades(101).

VI. Conclusión

La decisión adoptada constituye un antecedente relevante en la materia, con sólida fundamentación científica para justificar un posible riesgo para la salud y, a la vez, la existencia de una incertidumbre al respecto. En los casos como el que comentamos se advierte otra complejidad: la existencia de una normativa sobre el tema (Ordenanza Municipal 11/2011). Al dictarla para regular las fumigaciones, se tienen en cuenta ciertos parámetros y resulta complejo determinar cuándo son adecuados(102). Por esta razón, es fundamental la existencia de una justificación basada en análisis científicos serios. En el caso concreto, la legislación contenía parámetros antiguos y se tuvo en cuenta la necesidad de actualizarlos para adecuarlos a los límites aconsejados por los estudios más recientes sobre el tema.

El fallo en cuestión destaca, además, la progresividad y la precautoriedad como la esencia del principio protectorio. Se tiene en cuenta al hombre como el centro del ordenamiento jurídico, resaltando la necesidad de que sus derechos fundamentales sean respetados por los particulares y asegurados por los poderes del Estado.

También contempla la necesidad de realizar un balance entre los intereses del individuo y los de la comunidad en su conjunto. Puede advertirse que la decisión procura no ser excesiva, al rechazar la colocación de una barrera arbórea, debido a que la vivienda de los accionantes se encontraba protegida con las restantes medidas adoptadas. Nos parece que es una aplicación adecuada de la proporcionalidad exigida y de la menor restricción posible prevista en el art. 1713 del Código Civil y Comercial(103). Esto se tradujo en un balance entre los intereses del individuo y la comunidad en su conjunto.

Resulta destacable la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que es fundamental en estos casos debido a que es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones para demostrar la inocuidad de los productos que utiliza.

En definitiva, se trata de un fallo elogiable que constituye un antecedente importante en la materia tanto a nivel nacional como provincial. La solución cobra especial relevancia dentro de una provincia con extensa actividad agrícola, en la que pueden presentarse problemas similares con frecuencia.

VOCES: DERECHO AMBIENTAL - RECURSOS NATURALES - MEDIO AMBIENTE - RESPONSABILIDAD AMBIENTAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - DERECHO PROCESAL - MEDIDAS CAUTELARES - AMPARO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - TECNOLOGÍA - PROCESO JUDICIAL - SALUD PÚBLICA - PERSONA

(1) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente, por Salvador Darío Bergel, ED Ambiental, diario n° 10.989 del 22-4-04; El derecho-deber de información ambiental como herramienta eficaz de los principios de prevención y precautorio, por María Isabel Benavente, ED, 208-854; El caso “Aguas Danone”. Los principios preventivo y precautorio en derecho ambiental, por Pedro Cristóbal Doiño Cabré, ED, 237-515; Medidas cautelares y anticipatorias en el proceso ambiental, por Ignacio Goñi e Ignacio Porthé, ED, 258-752; La protección del paisaje en el sistema jurídico argentino, por Graciela Ciselli, ED, 263-1043; Laudato si’, mi’ Signore. El desarrollo sustentable como un acto de amor. Análisis de la encíclica papal dada en Roma el 24 de mayo de 2015, por María Cristina Zeballos de Sisto, EDCO, 215-427; Carta Encíclica Laudato si’ del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, por Francisco, ED, 263-1103; Principio precautorio. La construcción de sus criterios de aplicación y límites, por Eduardo A. Pigretti, ED, 267-1016. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

CCC Santa Fe, sala II, 12/6/2020, “Bassi, Norberto Oscar y otros c/ Comuna de Zenón Pereyra y otros s/ Amparo”, CUIJ21-04911012-7, Resolución N° 62, Folio 89, Libro 21.

(2) Cfr. FEMENÍAS, Jorge A., La responsabilidad por daño ambiental, Santiago, ed. Universidad Católica de Chile, 2017, pág. 138, nota 380.

(3) DURÁN MEDINA, Valentina, “Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental”, en obra colectiva Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, publicada por la Comisión del Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, junio de 2003, pág. 271, citado por CAFFERATTA, Néstor A., “La prevención en el derecho ambiental”, en Revista de Derecho de Daños 2008-2, “Prevención del Daño”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, RC D-1705/2012.

(4) Puede verse al respecto CAFFERATA, “La prevención...”, cit.

(5) Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias (DOCE L 336, del 23/12/94).

(6) CARRETERO GARCÍA, Ana, “Algunas consideraciones sobre el principio de precaución como instrumento de protección de la salud de los consumidores en el ámbito alimentario”, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, UCLM, febrero de 2006. Disponible en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/10/2006/10-2006-1.pdf, [7/3/2021]. La autora destaca que en este ámbito fue reconocido expresamente por el Órgano de Apelación de la OMC en un caso por carne tratada con hormonas que enfrentó a Canadá y a los Estados Unidos con la Unión Europea. Se advierte su regulación en el párrafo segundo del artículo 130 R (actual artículo 174) del Tratado de la Unión Europea, en el Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo del 28/1/2002 (DOCE L 11, del 1/2/2002). En nuestro país, el art. 5 de la ley 18.284 destaca: “En caso de grave peligro para la salud de la población, que se considere fundadamente atribuible a determinados alimentos, la autoridad sanitaria nacional podrá suspender por un término no mayor de treinta (30) días, la autorización de comercialización y expendio que se hubiere concedido en cualquier parte del país. Al término de la medida precautoria dispuesta en virtud de este artículo, la autoridad sanitaria nacional deberá, en todos los casos, dar a publicidad la rehabilitación del producto o las sanciones que pudieran corresponder por aplicación del Artículo 9°”.

(7) Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L 106, del 15/1/02).

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. Estado de la situación en el derecho argentino”, Revista Jurídica Universidad de San Andrés, N° 3, 2016, 28 de agosto de 2016.

(9) Estas posturas son expuestas por CAFFERATTA, “La prevención...”, cit.; y ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (colab.), 1ª ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2015, t. I, pág. 249.

(10) CAFFERATTA, “La prevención...”, cit.

(11) Ídem.

(12) Ídem.

(13) LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E-1463.

(14) Diccionario de la Real Academia Española.

(15) ALFERILLO, en ALTERINI (dir.), Código Civil y Comercial..., cit., t. VIII, pág. 7.

(16) CAFFERATTA, “La prevención...”, cit., con citas de HUTCHINSON y MILARÉ.

(17) COSSARI, Maximiliano N. G., Prevención y punición en la responsabilidad civil, 1ª ed. especial, Buenos Aires, El Derecho, Colección Código Civil y Comercial de la Nación, LIMODIO, Gabriel A. y PEYRANO, Guillermo F. (directores), 2017, pág. 15.

(18) CAFFERATTA, Néstor A. - GOLDENBERG, Isidoro H., “El principio de precaución”, JA, 2002-IV-1442.

(19) Además hubo algunas disidencias y recomendaciones:

- “Disidencia de los Dres. Ma. José Lovigné y Juan M. Zavaleta: La función de evitar la producción o agravamiento de daños es prioritaria en el D. de Daños.
- Disidencia de los Dres. Novelli y Tabares: Las funciones de prevención y precaución son prioritarias en el D. de Daños.
- Recomendación de los Dres. Frúgoli y Botta: Se recomienda de lege lata y lege ferenda que los principios generales de prevención y precaución deben interpretarse bajo las pautas de los actuales arts. 1071 (Abuso del Derecho), 1198 (Buena Fe), 902 y 512 (previsibilidad y diligencia) del C. C.”

(20) ANDORNO, Roberto, “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico en la era tecnológica”, en La Ley del 18-7-2002.

(21) Ídem.

(22) Ídem.

(23) ZAVALA DE GONZÁLEZ, cit., t. I, pág. 248 (la cursiva me pertenece).

(24) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 1999, 1, La Ley Online: AR/DOC/2708/2001.

(25) Sin embargo, en ocasiones se confunden en la jurisprudencia (Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio...”, cit.). Creemos que esto sucede porque se aplica el principio precautorio “por las dudas”. Aunque haya una certeza científica, se busca justificar con mayor énfasis el fallo con este instituto, debido a que “quien puede lo más, puede lo menos”. Sin embargo, coincidimos con la autora en que es necesario deslindar con claridad ambos conceptos.

(26) Cuestión que abordaremos en el punto siguiente.

(27) VÍTOLO y ROJA explican que en la prevención “el sujeto debe conformar un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, que de las actividades desarrolladas o de la conducta desplegada no surjan daños a otros sujetos y hacer uso diligente de los medios de que se vale; bajo el principio de precaución no alcanza con ello, sino que el sujeto debe -además- verificar periódicamente si los medios escogidos -limitaciones a las conductas o actividades presuntamente riesgosas o susceptibles de generar un daño o agravar su magnitud- son adecuados para la realización del objetivo pretendido y justificar razonablemente las restricciones o medidas establecidas en virtud del principio de cautela” (VÍTOLO, Daniel R. - ROJAS, Jorge A., en VÍTOLO, Daniel R. [dir.], Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Erreius, Buenos Aires, 2016, t. III, pág. 1684).

(28) Incluso nos parece importante destacar que ni siquiera se requiere que el daño sea acreditado en todos los casos de forma absoluta para la procedencia de una acción resarcitoria, sino que en ocasiones la certeza exigida se traduce seria probabilidad objetiva (por ejemplo, cuando se trata de lucros futuros o pérdida de chances): ZAVALA DE GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, La responsabilidad civil..., cit., t. III, pág. 551. Señalaba ORGAZ que no hay una mera posibilidad pero tampoco una seguridad de obtener las ganancias; se necesita una probabilidad objetiva de acuerdo a las circunstancias del caso (ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible [actos ilícitos], 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1967, n° 27, pág. 68).

(29) “Conclusiones del taller sobre Ley General del Ambiente, Principio Precautorio y Daño Ambiental”, organizado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental, auspiciado por Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación - Comité de Estudios Ambientales del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 26 de junio de 2003 en la sede del CARI; citado por ALFERILLO, en ALTERINI (dir.), Código Civil y Comercial..., cit., t. VIII, pág. 6.

(30) CAFFERATTA, Néstor, “El principio precautorio y derecho ambiental”, LL, 2004-A, Sec. Doctrina, pág. 1208. Incluso, como bien señala Molina Sandoval, lo potencial es el riesgo en sí mismo (MOLINA SANDOVAL, “Función preventiva de la responsabilidad civil”, La Ley 10/12/2019, 1, La Ley 2019-F, 939). Explica con claridad JALLIL que “...a lo sumo, a una medida protectora innecesaria, mientras que el no compromiso y la ajenidad sobre la cuestión ambiental, puede traer consecuencias funestas para los habitantes de un lugar determinado, como asimismo para las generaciones que posteriormente lo harán, pues en materia ambiental”. Señala -con cita de GORPHE- que en materia ambiental reina la “verosimilitud” (JALIL, Julián E., “Medidas jurisdiccionales de protección del ambiente”, RDamb 58, 11, La Ley Online AR/DOC/1321/2019).

(31) SOZZO, Gonzalo, “La protección del consumidor a través del principio precautorio” en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. III, pág. 225/226.

(32) Cfr. PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2017, t. I parte general, pág. 855.

(33) ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad civil..., cit., t. I, pág. 250.

(34) COSSARI, Prevención..., cit., pág. 58, con cita de TROUWBORST.

(35) PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., Tratado..., cit., t. I, pág. 856.

(36) Así, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución destaca en su apartado 4, 3er. párrafo: “El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente”, mientras que en el 4to. párrafo señala: “La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica” (COM 2000 1, Bruselas 1/2/2000). CAFFERATTA, Néstor A. - GOLDENBERG, Isidoro H., “El principio...”, cit.

- (37) Cfr. COSSARI, El principio precautorio como principio general para la protección de la persona humana, El Derecho, Colecciones Código Civil y Comercial, pág. 51.
- (38) GARRIDO CORDOBERA, “El ‘riesgo de desarrollo’ en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de Daños”, en Revista de Derecho de Daños 2008-2, “Prevención del Daño”, 1ª Ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, RC D 1695/2012; en el mismo sentido ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad civil..., cit., t. I, pág. 249.
- (39) COSSARI, El principio..., cit., pág. 54. Destaca que en la Tercera Conferencia del Mar del Norte de 1990 se sostuvo que para considerar peligrosa una sustancia y aplicar el principio precautorio es necesario que exista: toxicidad, persistencia y propensión a acumularse en el sistema biológico.
- (40) CS, 26/5/2010, “Recurso de hecho deducido por Ricardo Hugo Schkio en la causa Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, Id SAJ: FA10985815. Lorenzetti en el considerando 8 de su voto expuso: “Que la aplicación de principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (art. 42 de la ley 25.675), lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa.
- El primero es un principio jurídico de derecho sustantivo, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea ‘contra legem’. Para la acción meramente declarativa se requiere, como se dijo, la demostración de una falta de certeza jurídica que pudiera producir un perjuicio a quien demanda, lo que no puede confundirse con la falta de certeza científica a que alude el principio precautorio. En efecto, esta última no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo”.
- (41) SOZZO, Gonzalo, “Riesgos ambientales (Contratos creadores de riesgos y principio de precaución)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. RC D 135/2012.
- (42) COSSARI, El principio..., cit., pág. 52. El autor toma la declaración de la Comisión Europea sobre el principio precautorio.
- (43) SOZZO, Gonzalo, “Ciencia y derecho en los procesos de amparo ambiental” Sección de Jurisprudencia, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° Extraordinario, Ed.: Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2015, pág. 531.
- (44) COSSARI, El principio..., cit., pág. 53. También en este sentido señala la opinión de la Comisión Europea.
- (45) PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., Tratado..., cit., pág. 856.
- (46) CS, 26/3/2009, “Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional”, Fallos: 332:663.
- (47) ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad civil..., cit., t. I, pág. 298.
- (48) En tal sentido: COSSARI, El principio...; MELO, Verónica E., El principio de precaución: su incidencia en la responsabilidad civil en la era tecnológica, Tesis doctoral U.N.R., 2011, citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio...”, cit.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad civil..., cit., t. I, pág. 296; PEYRANO, Jorge W., “Vías procesales para el principio precautorio”, LL 05/05/2014, 1, LL 2014-C-1123.
- (49) COSSARI, El principio..., cit., pág. 31.
- (50) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio...”, cit.
- (51) Ídem.
- (52) BESTANI, Adriana, “Principios de precaución y deber de seguridad ante los riesgos laborales”, LL, 2013-F-613.
- (53) ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad civil..., cit., t. I, págs. 296 y 298.
- (54) CCC Rosario, sala III, “G., A. P. c/ Iapos s/ amparo”, Microjuris MJ-JU-M-94211-AR, MJJ94211, MJJ94211.
- (55) PIZARRO Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., Tratado..., cit., pág. 854.
- (56) COSSARI, El principio..., cit., pág. 55.
- (57) Juzgado Federal de 1ª. Instancia N° 2 de San Nicolás, 30/08/2019, “Cortese, Fernando Esteban y Otros s/ infracción art. 55 de la ley 24.051 y 200 del Código Penal”, LL Online, AR/JUR/27459/2019; STJER, 26/9/2019, “Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”, publicado en la página del Poder Judicial de Entre Ríos <http://jurisprudencia.jusentrieros.gov.ar/download/FORO-ECOLOGISTA-SENTENCIA.pdf> [12/12/2020].

(58) ST Jujuy, 16/4/2007, “Calderón, Jorge R.”, LLNOA 2007 (agosto), 709; CFed. La Plata, Sala I, 28/6/2007, “Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/ Municipalidad de Lanús s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, eDial.com - AA4063; CFed. La Plata, Sala I, 30/8/2007, “Edesur c/Municipalidad de Berazategui s/ sumarísimo”, eDial.com - AA4145; Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13/9/2007 (sentencia no firme), “Uyemas, Héctor Ubaldo c/ GCBA s/ amparo”, exp. 26.093/07, eDial.com - AA40D3; CFed. La Plata, Sala III, 25/10/2007, “Agüero c/ Municipalidad de Cañuelas”, LL 2008-E-601 y en eDial AA43D1; CCad.Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/03/2008, sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires contra GCBA y otros sobre amparo”, en LL Ciudad Autónoma de Bs. As., n° 1 (2008): 116; CCC Corrientes, sala IV, 22/6/2012, “Cosimi María del Carmen c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes s/acción de amparo Ambiental”, en LL Litoral 2012 (julio) 656; Tribunal Contencioso Administrativo de Jujuy, 20/11/2012, “Álvarez, Luis Alberto y otros c/ Estado Provincial - E.J.E.S.A. s/ amparo ambiental”, LLNOA 2013 (abril) 326, LL Online AR/JUR/64666/2012. En este punto puede verse: RUFINO BONOMO, Florencia A., “El principio precautorio y su aplicación en la regulación de los campos electromagnéticos”, RDAMB 62, 149.

(59) Así, por ejemplo, se aplicó ante la utilización de equipos médicos de rayos en cuatro consultorios que se encontraban dentro de un edificio destinado a vivienda (CNCiv., sala M, 18/4/2005, “Consortio Av. Coronel Díaz 1477/79 c/ Vilaríño, Manuel Dionisio s/ cumplimiento de reglamento de copropiedad”, citado por COSSARI, Maximiliano, “Los daños y perjuicios y el principio de precaución en la jurisprudencia reciente”, DJ 23/04/2008, 1053).

(60) En algunos de ellos se declaró inadmisibile el recurso extraordinario (CS, 14/10/2008, “Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/ Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - med. Cautelar”, Fallos: 331:2223; CS, 26/5/2010, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, Fallos: 333:748) mientras que en otro supuesto se trató únicamente la competencia (CS, 30/12/2014, “Asociación Superficiales de la Patagonia e/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental”, CSJ 1274/2003).

(61) CS, 13/7/2004, “Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental”, Fallos: 327:2967.

(62) CS, 26/3/2009, “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 332:663.

(63) Del dictamen del procurador general en CS, 3/11/2015, “Papel Prensa SA c/ Estado Nacional (Provincia de Buenos Aires citada 3ª) s/ acción meramente declarativa”, Fallos: 338:1183.

(64) CS, 01/09/2015, “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y Otros s/ Daño ambiental”, Fallos: 338:811.

(65) CS, 23/02/2016, “Cruz, Felipa y otros c. Minera Alumbra Limited y otro s/ sumarísimo”, Fallos 339:142. La Corte destacó que en el informe pericial producido otra causa y que fue acompañado por la actora surge que: “a) la impermeabilidad del dique de colas está comprometida ‘dado que la ubicación del mismo y su posterior construcción han sido sobre un substrato litológico compuesto por depósitos de materiales aluviales y sedimentarios (...) con una elevada permeabilidad’ (fs. 303); b) ello es susceptible de provocar avalanchas de lodos y fangos (fs. 303); c) ‘la afectación de la calidad y cantidad de las aguas superficiales y subterráneas es uno de los tantos efectos que se generan a partir de la puesta en marcha del funcionamiento del SMC’ (Sistema de Manejo de Colas) (fs. 304 vta.); d) al replantear el SMC, la demandada incorporó un sistema de retrobombeo que ‘se aplica para detener el proceso de contaminación en el subsuelo (...) Es un método de limpieza de acuíferos contaminados’ (fs. 304); e) la no utilización de este sistema podría generar un rápido transporte de la contaminación mediante las aguas superficiales a una distancia considerable fuera de la concesión minera en un corto tiempo (fs. 304 vta./305); f) para cuando la mina deje de funcionar es conveniente que el sistema de retro-bombeo no se interrumpa a fin de frenar el avance de la pluma de contaminación (fs. 304/304 vta. y 305); g) el agua en ciertos lugares aledaños a la mina presenta niveles de sulfato superiores a la medida tolerada por la Organización Mundial de la Salud (fs. 308/309); h) existe una relación temporal entre ello y la existencia del emprendimiento minero (fs. 309); i) en el área examinada se ha incrementado el contenido de metales pesados como consecuencia de la actividad desarrollada por la demandada (fs. 310); j) el recurso hídrico en la zona está alterado como consecuencia del ataque químico al medio producido por la mencionada actividad (fs. 310 vta.)”.

(66) CS, 11/07/2019, “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, Fallos: 342:1203.

(67) CS, 2/7/2020, “Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c. Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar”, Fallos 343:519.

(68) CS, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, LL Online: AR/JUR/951/2021.

(69) Puede verse, a modo ejemplificativo, la enunciación de fallos realizada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio...”, cit.

(70) CS, 11/07/2019, “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, Fallos: 342:1203; CS, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, LL Online: AR/JUR/951/2021.

(71) BESTANI, cit. Además explica que el Máximo Tribunal relaciona a este principio con “a) la inversión de la carga probatoria y para lograr este efecto: b) la flexibilización en la ponderación del juez sobre la existencia de la irreversibilidad del daño y de la verosimilitud del derecho; c) la relativización de la presunción de validez de los actos de carácter legislativo o administrativos; d) el rol del juez, para interpretar con laxitud sus atribuciones o hacer aplicaciones muy flexibles y poco ‘ortodoxas’ del principio de congruencia u otros institutos procesales clásicos; e) el rol del funcionario público respecto al cual genera una obligación de previsión extendida y anticipatoria (‘Salas’) y le exige efectuar a su luz: f) un análisis de costo-beneficio para lo cual deberá recabar toda la información necesaria; g) la necesidad de armonizar la tutela del ambiente con el desarrollo en el entendimiento de que no se contraponen sino que se complementan; h) el instrumento de la participación e información ciudadana”.

(72) SCJBA, 17/6/2015, “ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”, La Ley Online AR/JUR/24332/2015.

(73) CSJ Tucumán, 27/8/2019, “Aranda, Carlos Alberto y otros c. Minera Alumbra Ltda. y Yacimiento Minero Aguas de Dionisio (YMAD-UTE) s/ daños y perjuicios”, La Ley Online: AR/JUR/27429/2019 con nota a fallo de LORENZETTI, Pablo, “Tipología de derechos y funciones de la responsabilidad civil en una sentencia ambiental de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán”, RDAMB 61, 64, La Ley Online AR/DOC/103/2020. En el fallo mencionado se resolvió: “I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la demandada Minera Alumbra Ltda. contra la sentencia N° 259

dictada con fecha 21/11/2017 por la Excm. en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial Concepción, de conformidad a la doctrina legal precedentemente expuesta. En consecuencia, Dejar sin efecto parcialmente el pronunciamiento recurrido dictando como sustitutiva la siguiente: I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por las demandadas Minera Alumbraera Ltda. y Yacimiento Minero Aguas de Dionisio (YMAD-UTE) contra la sentencia N° 617 de fecha 12/12/2016 dictada por el Juzgado en lo Civil y Comercial de la II° Nominación y modificar el punto resolutivo 2 -suprimiendo los sub-puntos a y b- que queda establecido en los siguientes términos: '2.- 2.1.- Ordenar a la Empresa Minera La Alumbraera que: a.- Acompañe copias certificadas de los estudios sobre el agua de los ríos que cruza el mineraloducto en la Provincia de Tucumán desde el año 1999; b.- Constituya o acredite haber formado el fondo de restauración ambiental previsto en el artículo 22 de la ley 25.675; c.- Acredite la contratación del seguro de cobertura al que refiere el artículo 22 de la ley 25.675 e informe el plazo de cobertura. En relación a lo ordenado, advertir que si la empresa ya hubiera dado cumplimiento a alguna de estas medidas o esté en curso de cumplimiento, informe tal situación al juzgado, con el detalle de las acciones tomadas, en un plazo de 48 hrs. contados a partir de que quede firme esta sentencia. 2.2.- Aconsejar al Poder Ejecutivo provincial, a través de oficio: a.- Que por medio del Ministerio de Salud de la Provincia se proyecte la realización de un relevamiento actualizado de impactos tóxicos sobre la población de las cuencas de los Ríos Medina, Chirimayo y Gastona, con el objeto de detectar las enfermedades y/o patologías que guarden relación directa con la contaminación de los acuíferos de la zona y que se disponga eventualmente su atención médica inmediata; b.- Que instruya a los organismos provinciales como la Estación Experimental Agroindustrial Obispo Colombres para que den inmediata respuesta a las cuestiones de implicancia social, sobre todo las ambientales, poniendo a cargo del Estado Provincial la realización de pericias, evitando, a través del cobro de las mismas o de trámites prolongados para su autorización, que las mismas no puedan ser realizadas; c.- Que requiera a la Sociedad Aguas del Tucumán (SAT - SAPEM) un informe acabado sobre la calidad del agua potable de la ciudad de Concepción; d.- Que requiera a la Sociedad Aguas del Tucumán (SAT - SAPEM) un informe acabado sobre la calidad del agua potable en la localidad de Alpachiri; e.- Que de acuerdo al artículo 41 apartado 2° de la Constitución de la Provincia de Tucumán, tome contacto con las autoridades correspondientes en la Provincia de Catamarca para interiorizarse sobre la situación del cierre de la mina; 2.3.- Comunicar a través de oficio, al Estado Nacional (Poder Ejecutivo) para que en el informe anual sobre la situación ambiental del país, que debe presentar al Congreso de la Nación (artículo 18 Ley 25.675), se evalúe especialmente la zona de influencia de la actividad minera de la empresa Alumbraera Ltda.; 2.4.- Evaluar el cumplimiento de las medidas ordenadas en la etapa de ejecución de sentencia con el complemento de la comisión técnica que el Magistrado determine en la cual se encuentren comprendidos los distintos intereses involucrados: Secretaría de Minería como autoridad de aplicación del Código Minero y la Secretaría de Medio Ambiente como garante oficial de la preservación ambiental y la integración de alguna ONG ambiental”.

(74) STJER, 15/10/2019, “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, La Ley Online AR/JUR/35704/2019.

(75) STJER, 29/8/2018, “Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”; cabe destacar que el fallo mencionado ha sido publicado en la siguiente página de internet: https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7120/mod_folder/content/0/STJ%2520Entre%2520Rios%2520Fallo%2520Fumigaciones%2520Rurales%2520%25281%2529.pdf%3Fforcedownload%3D1+&cd=7&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar [12/12/2020]. La postura en disidencia expuesta por la Dra. Mizawak tuvo en cuenta, citando al Fiscal de Estado, lo siguiente: “el juez sentenciante de primera instancia determinó un radio de 1000 mts establecido para prohibir la fumigación terrestre en todas las escuelas rurales de Entre Ríos, lo que arroja una superficie de 314 has. por cada escuela. El radio de 3000 mts establecido como zona de exclusión de la fumigación aérea nos da una superficie de 2826 has. por cada escuela. De acuerdo al informe del Consejo General de Educación tenemos 832 escuelas primarias y 137 escuelas secundarias que se encuentran en ámbitos rurales. Si multiplicamos las superficies por la cantidad de escuelas involucradas tenemos que no se podrá fumigar en forma terrestre en 304.266 hectáreas y no se podrá fumigar en forma aérea en una superficie de 2.738.394 hectáreas, es decir, en este caso, en una superficie incluso superior en casi 800.000 hectáreas a las 1.690.200 hectáreas que conforman la superficie agrícola de la última campaña”. La mayoría admitió el reclamo.

(76) C2a.CC, sala III, 26/9/2019, “Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”, publicado en la página del Poder Judicial de Entre Ríos <http://jurisprudencia.jusentrieros.gov.ar/download/FORO-ECOLOGISTA-SENTENCIA.pdf> [12/12/2020], confirmado por el STJER, en mayo de 2019, “Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo”, <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/06/Fallo-Entre-R%2520C3%ADos-052019.pdf> [12/12/2020]. Allí destacó que “la ‘no objeción’ de un decreto como expone la quejosa, puede ser considerada una intervención suficiente para convalidar actos administrativos que no afecten derechos, pero no lo será en una materia tan específica y trascendente como la que se ventila en autos, donde sin lugar a duda se requiere arrojar certeza sobre un asunto técnico aún no delimitado como lo es el uso de agroquímicos y su impacto en la salud de las personas”.

(77) CNCad.Fed., sala III, 21/3/2017, “Giménez, Alicia Fany y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Agroindustria y otros s/ medida cautelar (autónoma)”, ED, 273, N° 14.199, AÑO LV, diario del 9 de junio de 2017.

(78) CCC Santa Fe, sala II, 9/12/2009, “Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y otros”, LL, 19-4-2010, 9.

(79) CSJSF, 11/06/2020, “Séptima Región S.A. c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad”, La Ley Online AR/JUR/32986/2020. El fallo ha sido comentado por SMERILLI, Gilda, “Una aplicación del principio in dubio pro natura en la jurisprudencia santafesina. El caso ‘Séptima Región S.A. C/ Provincia de Santa Fe’”, RDAmb 64, 217.

(80) Voto del Dr. Lorenzetti en CS, 26/5/2010, “Recurso de hecho Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, Fallos: 333:748. Se desestimó la queja debido a que no existía una sentencia definitiva o equiparable a tal. El Ministro entendió que esta cuestión podría tener excepciones en materia de prevención o precaución ambiental (considerando 4), aunque no se había demostrado la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora necesarios para su procedencia (considerando 9).

(81) Cfr. CS, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, LL Online: AR/JUR/951/2021.

(82) CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/PEN s/ Ley 25.873, Dto. 1563/2004”, EDCO, 2009, 3, Cita Digital: ED-DCCXCVI-809, Fallos: 332:111.

(83) Voto del Dr. Lorenzetti en CS, 26/5/2010, “Recurso de hecho Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” (considerando 7). Sin embargo, lo menciona como una facultad del juez de tratar por este medio el pedido formulado mediante una acción de amparo. PEYRANO destaca que no hay motivos para discriminar los reclamos individuales en materia ambiental.

(84) PEYRANO, “La acción preventiva: certezas y dudas”, en PEYRANO (dir.) - ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, PEYRANO, Jorge W. (dir.) y ESPERANZA, Silvia L. (coord.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, págs. 207/299. La posibilidad de utilizar un proceso de características similares al sumarísimo había sido propuesta con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial por MORELLO, Augusto, “Tutela procesal del derecho a la intimidad personal”, JA, 1985-II-765. Algunos autores se han manifestado en favor de aplicar el procedimiento de conocimiento más breve: Federico A. en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), Responsabilidad civil, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pág. 178. Hemos tomado esta postura respecto de la acción preventiva en LO GIUDICE, Diego A., “Análisis de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre prevención del daño”, ED, diarios de los días, 16, 17 y 18 de mayo de 2018, N° 14.407, 14.408 y 14.409, Año LVI, ED 277 (apartado 7). Ingresando en el análisis de esta regla en concreto, JALIL ha considerado aplicable el principio precautorio en los mismos supuestos que la “acción preventiva” (JALIL, Julián E., “Medidas jurisdiccionales...”, cit.).

(85) SCJBA, 8/8/12, “M., M. C. y otros s/ amparo”, LL, 2012-E-537.

(86) Según destaca PEYRANO, “Vías procesales...”, cit., con referencia al fallo de la CS, “Salas Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional-Amparo”, LL, 2009-B-683.

(87) PEYRANO, Jorge W., “Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2012-II-189; ORTIZ, Diego O., “La doctrina de los vasos comunicantes en el procedimiento de denuncia de violencia familiar”, 26/5/2015, Microjuris MJ-DOC-7230-AR, MJD7230. En sentido similar se ha expedido la CS, 25/02/2021, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c. Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/amparo ambiental”, LL Online: AR/JUR/951/2021.

(88) Por todos, véase el detallado análisis de KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El principio...”, cit.

(89) En este sentido, se ha sostenido: “A la hora del análisis de las constancias que se han incorporado a estos autos, se desprende que, por las especiales particularidades que aquí se plantean, frente a la falta de certeza científica respecto a la inocuidad de los productos vertidos para la población de Pergamino justifica la ampliación de la medida ya dispuesta y en las distancias pretendidas, ya que no es posible soslayar que se trata de una situación extremadamente delicada y sensible, estando en juego la salud de niños y adultos de esa región” (Juzgado Federal de 1ª Instancia Nro. 2 de San Nicolás, 30/08/2019, “Cortese, Fernando Esteban y Otros s/ infracción art. 55 de la ley 24.051 y 200 del Código Penal”, La Ley Online AR/JUR/27459/2019; el fallo anterior había sido adoptado el 3/4/2019, disponible en La Ley Online AR/JUR/10450/2019).

(90) PERETTI, Enrique, “La sentencia ambiental. Su eficacia”, en Revista de Derecho Público 2009-II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 325; PEYRANO, “Vías procesales...”, cit.

(91) CS, 4/5/2010, “Schröder, Juan c/ INVAP S.E. y E.N.”, LL, 2010-D-29.

(92) PEYRANO, “Vías procesales...”, cit.

(93) Ídem; CARRETERO GARCÍA, Ana, “Algunas consideraciones...”, cit. En este sentido: CSJ Tucumán, 27/8/2019, “Aranda, Carlos Alberto y otros c. Minera Alumbraera Ltda. y Yacimiento Minero Aguas de Dionisio (YMAD-UTE) s/ daños y perjuicios”, LL Online: AR/JUR/27429/2019.

(94) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 2011; ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad..., cit., t. I, pág. 251.

(95) Con referencia a los supuestos de discriminación en materia laboral se ha dicho que “no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad” (voto del Dr. Zas en mayoría, CNLab., sala V, 14/06/06, “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ Amparo”, LL, 2006-D-217).

(96) Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos “Werneke Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - med. Cautelar”, S.C., W. 140, L. XLII.

(97) Cfr. PEYRANO, “Vías procesales...”, cit. En este mismo sentido, la Corte rechazó un amparo contra una sociedad estatal que buscaba ingresar petróleo desde Australia. El actor señaló que el combustible estaba quemado y provenía de un reactor nuclear vendido a Australia, pero no pudo demostrar su peligrosidad ni una discusión científica al respecto (CS, 4/5/2010, “Schröder, Juan c/ INVAP S.E. y E.N.”, LL, 2010-D-29).

(98) SOZZO, “Ciencia y derecho...”, cit., pág. 525.

(99) PEYRANO, “Vías procesales...”, cit.

(100) Así puede advertirse frente a un pedido cautelar para que una empresa adecúe su estructura y procedimientos del tratamiento de vuelcos de efluentes líquidos y gaseosos sobre un arroyo, en el cual se solicitó, además, que obtenga y cumpla las habilitaciones necesarias para hacerlo. En primera instancia se rechazó el pedido. La alzada permitió la producción de la prueba informativa para determinar si existía habilitación (CFed. Rosario, sala A, 26/9/2016, “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control de Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c. La Emilia S.A. [Motomel] s/ amparo ambiental”, ED, 273, N° 14.199, AÑO LV, diario del 9 de junio de 2017).

(101) SOZZO, “Ciencia y derecho...”, cit., pág. 525.

(102) El Dr. Sodero expuso en su voto: “En ese orden cabe señalar que, más allá de las dificultades epistémicas que se le plantean a un tribunal a la hora de revisar el acierto del legislador en una materia tan compleja como esta (donde imperan los desacuerdos y las posturas cerradas al dialogo), no puede desconocerse la existencia de un umbral protectorio mínimo, de creciente nivel de exigencia, orientado

a asegurar que las practicas agrícolas no afecten de manera desproporcionada los derechos de las personas que, por razones de residencia, de formación o de trabajo, habiten en lugares adyacentes a los terrenos donde se realicen las explotaciones, ante la elemental evidencia de la diferente jerarquía de los bienes o principios en tensión -que, si bien se mira, también incluyen los que corresponden a las personas que aún no han nacido, con las cuales también tenemos un debito de justicia intergeneracional-.

Dicho umbral protectorio mínimo, como es bien sabido, se traduce en numerosas exigencias, vinculadas -en lo que aquí interesa- con una normativa ajustada a la evolución tecnológica y con un control administrativo que asegure la observancia real de los estándares aludidos, sin caer en la tentación del beneficio económico (que justificara en su hora la conocida defensa de las normas generales y abstractas por Aristóteles, cuando hablaba de la ley como ‘razón sin apetito’ -δι᾽ ἄνευ οἰσφραγίας-”).

(103) Criterio que consideramos aplicable de forma analógica a estos supuestos.