

Título: Teoría cautelar ambiental y principio precautorio

Autor: Camps, Carlos E.

Publicado en: RDAmb 39, 08/09/2014, 91

Cita Online: AR/DOC/5404/2014

Sumario: I. Introducción.— II. El principio precautorio: su rol en el proceso: 1. Incertidumbre científica; 2. El riesgo potencial y eventual; 3. Marco procesal del funcionamiento del principio precautorio.— III. Las medidas cautelares ambientales.— IV. La "verosimilitud del derecho ambiental" a los fines cautelares.— V. La cautela material en base al principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

I. Introducción

Una vez más volvemos a reflexionar respecto de la cuestión cautelar en el marco de la protección del ambiente [\(1\)](#).

Como siempre, nuestra búsqueda se dirige a la obtención de ideas que permitan explotar al máximo los recursos protectorios que brinda el derecho ambiental y así, ofrecer a los operadores jurídicos un vademécum ampliado de herramientas para el mejor logro de su objetivo: la satisfacción de los derechos al ambiente sano, tal como lo manda la Constitución de todos los argentinos.

Reiterada es nuestra posición respecto de que la teoría cautelar clásica es el marco más adecuado para obtener protección temprana en el contexto de discusiones donde los intereses en juego sufren un importante deterioro —hasta su aniquilamiento— con el paso del tiempo [\(2\)](#). Y, de ese modo, dotar de eficacia al trámite [\(3\)](#).

Uno de esos contextos es el relativo a los derechos ambientales, en su faz colectiva.

En el caso donde el bien afectado es el común —para dejar a un lado la situación de los derechos individuales homogéneos—, suele ser determinante actuar con premura para evitar que la degradación dé inicio o bien, si ya se encuentra en curso, continúe agravándose el menoscabo y tornando —cada minuto que pasa— más dificultosa y onerosa la recomposición, cuando no, imposible.

Las medidas que deben ser adoptadas en este campo no admiten largos debates ni extendidas actividades probatorias. Deben ser, necesariamente, urgentes. Las únicas medidas que pueden adoptarse de ese modo en el marco de un proceso donde se respeten los basilares derechos de defensa en juicio de todas las partes, son las cautelares tradicionales.

Ellas —en su variante más potente e idónea a estos fines: la cautela material [\(4\)](#)— habilitan la rápida adopción de medidas gravosas contra una de las partes en pos de evitar o minimizar deterioros ambientales, mientras sigue adelante el trámite del proceso de conocimiento de que se trate hasta que, luego de cumplidos los pasos que permiten el adecuado y profundo ejercicio del derecho de defensa, sobrevenga la sentencia correspondiente. Pronunciamiento que habrá de acompañar —o no— lo ya dispuesto de modo cautelar.

Si la pretensión actoral se verifica procedente y se acredita debidamente el actuar contaminante del demandado, la sentencia encontrará al bien colectivo preservado por la medida cautelar. E incluso, en muchos casos, la manda constitucional que ordena como actitud prioritaria en estos supuestos la recomposición, sólo será posible gracias a la aplicación de la mentada actividad cautelar.

Por todo ello, la misión del juez al momento de receptor una demanda ambiental interpuesta por parte de quienes —en forma conjunta o previa— reclaman la protección cautelar es harto trascendente: de su sagacidad, información, actitud y compromiso dependerá, en muchos casos, la supervivencia de un determinado ecosistema o la reparabilidad de bienes —como cursos de agua, estructuras forestales, reservas arquitectónicas, etc.— que, de otro modo, podrían sucumbir de modo total y definitivo.

Es, entonces, pensando tanto en quienes reclaman como en quienes habrán de resistirlas y, también, en los que tendrán que disponer la procedencia de medidas cautelares ambientales que volvemos sobre el tópico para analizar todas las posibilidades que el derecho procesal brinda en esta senda, al adentrarse en el territorio de lo ambiental y tomar las peculiaridades de éste que propendan a un mejor y más eficiente trámite.

Revisando estos rasgos característicos de lo ambiental, nos enfrentamos con un principio propio de esta disciplina —uno de los más importantes— que puede ser traído al campo del proceso. Y con especial utilidad al terreno de las medidas cautelares.

Nos referimos al principio precautorio.

II. El principio precautorio: su rol en el proceso

Ya mucho se ha escrito sobre él [\(5\)](#).

Destacados doctrinarios nos han mostrado su perfil y nos han hablado de su importancia al momento de la

prevención del daño ambiental [\(6\)](#). Sin embargo, en esta oportunidad queremos mostrar cómo el principio precautorio puede contribuir a potenciar la teoría cautelar en el campo del derecho ambiental [\(7\)](#).

Antes de profundizar en este tópico, digamos que frente —o junto— al principio precautorio también se ubica en el campo del derecho ambiental el principio de prevención.

A los fines de un adecuado deslinde —y para aventar confusiones terminológicas—, son útiles las palabras del destacado profesor Peyrano —siempre atento a todo aquello que signifique un avance o innovación en el campo del proceso—, cuando señala que se debe distinguir "el principio precautorio del principio preventivo, también caro éste al Derecho Ambiental. Buen distingo formula Roberto Andorno al respecto: 'El principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún comprobado científicamente de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la prevención y la precaución. En el caso de la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad ya 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 son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto'. Su partida de nacimiento es germana y data de los años setenta. Surgió como respuesta a la llamada 'lluvia ácida' que amenazaba la forestación de toda Alemania; careciéndose, por entonces, de certeza acerca de si era causada por emanaciones de sulfuro de ciertas fábricas, aunque se sospechaba de ellas"[\(8\)](#).

Cafferatta [\(9\)](#) nos recuerda los requisitos para que el principio precautorio tenga peso en las decisiones que se adopten en temas ambientales. Recurre para ello a la cita de Lorenzetti cuando indica que tales requerimientos son: "1. Amenaza de daño grave o irreversible: Identificación de un producto, actividad o sustancia. Identificación de un daño futuro. Debe tratarse de un daño grave (casos extremos). 2. Incertidumbre científica; La evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud para actuar. También se pregunta: ¿Cuánta evidencia es necesaria para actuar o dejar de hacerlo? La incertidumbre requiere determinar si al momento de tomar la decisión existe la falta de conocimiento científico sobre la probabilidad de un daño grave o irreversible, y en tal caso ordenar las medidas de investigación para reducirla. Si se agotan las investigaciones, debería probarse al menos, un escenario en que la actividad produzca un daño grave e irreversible, para descartar los supuestos inocuos".

Ahora bien, desde el derecho procesal, el mismo Peyrano nos ilustra respecto de los requisitos para que el principio precautorio sea operativo:

1. Incertidumbre científica

"Sobre el recaudo que militan menos discusiones es el de la incertidumbre científica sobre la nocividad de una actividad, producto o procedimiento. Debe tenerse presente que todo lo nuevo no debe ser considerado automáticamente riesgoso. 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"[\(10\)](#).

Este autor advierte que la falta de certeza científica no puede ser confundida con la falta de recolección de datos al respecto. "Hemos comprobado —sigue Peyrano— que en el plano judicial se ha producido en varias oportunidades dicha confusión, y así a la omisión de practicar un estudio de impacto ambiental, exigible y adecuado, se la ha considerado suficiente para tener por configurada una hipótesis de incertidumbre científica. En realidad, la falta de datos conseguibles debe suplirse merced a la actividad judicial ampliamente justificada en la especie, y no puede servir de base para estimar que se está ante una incertidumbre científica. Se sabe que evaluar un riesgo es calcular la posibilidad de que ocurra. En lo que atañe a la evaluación de riesgo correspondiente al principio precautorio, debe insistirse en que ella debe tener bases científicas pudiendo y debiendo ponderarse las técnicas de evaluación de riesgos elaboradas por organizaciones internacionales competentes en cada ámbito de aplicación"[\(11\)](#).

2. El riesgo potencial y eventual

"Íntimamente relacionado con el anterior, pero separable conceptualmente para su mejor examen se halla el requisito del epígrafe. Quizás ayude a una mejor separación conceptual pensar que la incertidumbre científica guarda relación con la posible nocividad de una actividad o producto, es decir acerca de la relación causa-efecto

entre, v.gr., una nueva tecnología y un posible perjuicio ambiental. En tanto que el recaudo riesgo potencial o eventual apunta a identificar y analizar más precisamente cuáles son los riesgos potenciales o eventuales que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, es insoslayable señalar que está abierto un debate doctrinario acerca de si cualquier riesgo es bastante para el funcionamiento exitoso del principio precautorio o si es necesaria una cierta intensidad de aquél, exigiéndose así que concurra un 'riesgo grave o irreversible'. La letra y el espíritu del citado art. 4º de la ley 25.675 aclara el punto y además permite inferir... que toda duda acerca de si una situación es merecedora de la tutela ambiental prevista por dicha norma, debe resolverse en favor de la Naturaleza. Y decimos 'toda duda' para abarcar tanto la incertidumbre producida por estudios y declaraciones científicas previas, contradictorias entre sí, como la derivada de las resultas antagónicas de las pruebas judicialmente producidas por requirente y requerido de dicha tutela ambiental. Cualquier duda decisoria que emane de lo susodicho, debe dirimirse a favor del Medio Ambiente tal y como lo establece la ley de Biodiversidad de Costa Rica. Así las cosas, deviene prudente aceptar que el riesgo potencial que debe estar en juego para justificar el funcionamiento del principio precautorio ambiental debe ser de cierta magnitud y no mínimo"⁽¹²⁾.

3. Marco procesal del funcionamiento del principio precautorio

Indica el profesor Peyrano en este punto: "Si bien el principio precautorio tiene al ámbito político como su espacio principal, es frecuentemente invocado como línea argumental de decisiones judiciales. Sentado lo anterior, corresponde subrayar que es amplia la gama de canales procesales que se pueden transitar judicialmente para gozar de la tutela ambiental proporcionada por el principio precautorio; no quedando excluido el proceso de máxima cognición. Ahora bien: cabe reconocer que el más usual es el brindado por el amparo ambiental, por más que injustificadamente se hubieran opuesto óbices a su funcionamiento exitoso en la especie. Así es que hemos visualizado resoluciones judiciales que reputan que el amparo no es la vía adecuada para propiciar la aplicación de la tutela ambiental contemplada por el principio precautorio. Tal concepción se funda en: a) que la celeridad y simplificación de trámites correspondientes al amparo no concordaría con la amplitud de debate y prueba que reclama una incertidumbre científica que necesariamente acompaña al funcionamiento del principio precautorio; resultando entonces inevitable someter el caso a un trámite de conocimiento amplio. Esto es inaceptable porque la duda científica persistirá por más que se acuda a un proceso de conocimiento amplio; b) que en la especie por definición no existiría (por imperio de la incertidumbre científica que conlleva) la 'arbitrariedad' o 'ilegalidad' manifiestas que reclama el juicio de amparo. Obvia dicho argumento que debe estar probado científicamente (y así 'manifiestamente'), aunque no fuere con certeza, el riesgo potencial del caso. Por añadidura, cabe decir, que el principio precautorio es un principio sustantivo —como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Corte Federal— que no puede resultar desconocido o vulnerado por ápices procesales de opinable aplicación en el caso"⁽¹³⁾.

Este desarrollo es trascendente: desde la mirada procesal, el principio precautorio no solamente se desenvuelve en la contienda máxima, esto es, el juicio de conocimiento plenario mayor u ordinario. Peyrano explica cómo también puede tener aplicación —y muy útil— en el trámite mucho más acotado y acelerado (también de menor cognición) del amparo ambiental.

Compartimos plenamente el aserto y agregamos por nuestra cuenta —en la misma línea— que el principio precautorio es operativo también —y a los fines de consagrar de debido modo la eficacia del trámite— en el ámbito cautelar.

III. Las medidas cautelares ambientales

Es sabido que el proceso se debe adaptar al tipo de pretensión que esgrime quien desea utilizar el iter ritual para obtener una determinada respuesta de la magistratura. En el caso de la demanda ambiental, será pertinente planificarla, desarrollarla y luego darle trámite en función de las particularidades que presenta el derecho procesal ambiental. Es necesario un suficiente conocimiento del derecho de fondo para, partiendo de él, estructurar la estrategia procesal a seguir.

Tal como ya fuera dicho en variadas ocasiones, en nuestro ámbito aún no contamos con un derecho procesal particular —ambiental— debidamente desarrollado y plasmado de modo integral en normas positivas. No existe aún un código o ley de procesos colectivos que regule todos los avatares del trámite en tan particular contexto, con conexidad respecto de otras pretensiones que también involucran derechos de ese tenor —relativas a la protección de consumidores, usuarios, competencia, etc.—.

La regulación de un código de procesos colectivos es una deuda que el legislador de cada jurisdicción tiene con la sociedad, más allá de que el legislador nacional pueda también aportar un reglamento en este tema. Hasta que ello ocurra, como ya lo hemos puesto de relieve, serán las restantes fuentes del derecho las que habrán de venir en auxilio del operador jurídico para brindar el marco completo de regulación ⁽¹⁴⁾. Serán leyes análogas —en lo pertinente— las primeras herramientas a utilizar, pero ante la insuficiencia de éstas para abastecer con

especificidad los mandatos constitucionales y los provenientes de pactos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina deberán hacer sus mejores esfuerzos para dotar a la normativa procesal ambiental de las figuras más acordes con la naturaleza de la protección del ambiente que en este caso se persigue (15).

Así como ya habláramos de la "ultra anticipación de la tutela"(16) al sumar y potenciar dos institutos tradicionales y conocidos del derecho procesal como son el amparo (paradigma del proceso sumarísimo o, en puridad, juicio de conocimiento plenario excepcionalmente abreviado) y, junto con él, la medida cautelar material (por lo general, medida innovativa o prohibición de innovar) para —de este modo— obtener de modo inmediato una respuesta de la magistratura (eficaz, aunque provisoria) en el plano cautelar y, asimismo y en poco tiempo más, la solución final y definitiva al diferendo con la sentencia de mérito dictada en un continente procesal acotado, breve, pero con ejercicio pleno del derecho de defensa, aquí propondremos algo similar.

No ya en lo que hace a la eficacia mirada exclusivamente desde el lado del tiempo en que se obtiene la reacción de los tribunales protegiendo el bien de la vida.

Ahora, la combinación de institutos tenderá a facilitar la tarea de demostrar los extremos conducentes para dar esa respuesta primera.

Claro está, una más fácil y simple tarea al tiempo de probar redundará —es lógico— en un menor tiempo de respuesta. Pero en esta ocasión, la brevedad de ese plazo será la consecuencia de la simplificación en la acreditación de los extremos que se exigen para el dictado de una medida positiva a favor de la preservación del entorno.

En esta oportunidad, habremos que combinar la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris* o grado de conocimiento propio de la medida cautelar tradicional de todos los ámbitos en los que resulte aplicable) con la referida regla propia del derecho ambiental: el principio precautorio.

O lo que es igual: si en el contexto del proveimiento cautelar al juez le basta con un conocimiento superficial o epidérmico de todo el conflicto, cuando éste involucra cuestiones ambientales, ese conocimiento acotado deberá tener en cuenta el enunciado básico que porta el mentado principio: la falta de certeza respecto de la aptitud contaminante de sustancias o procesos no puede impedir la adopción de medidas.

El profesor Aníbal Falbo también señala las ventajas de la utilización de este principio en el contexto preventivo. Así, expresa que "el principio precautorio, estrechamente emparentado con el principio preventivo, es, como ya dijimos, otra herramienta jurídica más con la que cuenta el derecho ambiental para concretar la prevención del daño ambiental, tanto el que ha comenzado, haciéndolo cesar, como del que aún no se inició, impidiendo que se concrete"(17).

Son muy interesantes —a nuestro juicio— las reflexiones de Néstor Cafferatta respecto del modo en que se inserta la incertidumbre en este contexto. Contexto en que —por regla ancestral— está signado por la necesidad imperiosa de certeza. Al juez no le era dado pisar en terreno movedizo: debía llegar a ese convencimiento máximo que le permitiera sostener con seguridad, sin dudas, las afirmaciones sobre las que construiría sus mandatos. Sólo podría adoptar alguna medida sin esa certeza cuando se hallaba en el terreno cautelar: allí estaba habilitado a actuar con "verosimilitud".

El principio precautorio trastoca estos cánones cuando se trata de cuestiones de dificultosa demostración científica o técnica con repercusión ambiental. Escuchemos a Cafferatta: "La incertidumbre es un campo travieso, un foco móvil, en la que la miopía de las ciencias de la naturaleza o ciencias duras, la física, la química, la biología, la ingeniería, etcétera, no llega a precisar. Pero que da señales o datos de existencia de respuestas varias, de un mismo o único fenómeno, que por su complejidad, rispidez de prueba, contradicción de resultados de estudios, o evaluación científica de riesgos, nos deja con más dudas que certezas; cuando transitamos ese estado del conocimiento, en el Derecho de Daños clásico, se decía que nada se podía hacer, siendo la certeza del daño, clave para el uso de esta disciplina jurídica, todo lo que resultara hipotético, conjetural, o incierto, quedaba fuera o huérfano de todo nivel de interés jurídicamente tutelado. No había entonces daño resarcible. No existía riesgo que prevenir. Sólo la ciencia de la naturaleza, la investigación técnica, podía atender este reclamo, en la búsqueda incesante de la certidumbre. No alcanzaba con la sospecha tenue, borrosa, precaria. Debía existir verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. O una probabilidad cierta, o una alta probabilidad, que lo acercaba y mucho a la certeza del conocimiento. No se admitía posibilidades sino probabilidades que tuvieran un color, una intensidad, próxima a la certeza del conocimiento. Hoy, entendemos, las cosas han cambiado. Para que la defensa del ambiente sea efectiva, no es necesario que exista riesgo cierto (prevención), sino que alcanza con el riesgo incierto (precaución)"(18).

IV. La "verosimilitud del derecho ambiental" a los fines cautelares

Abordando ahora el grado, nivel o tipo de conocimiento que se requiere para el dictado de toda medida

cautelar, se señala que el mismo —la verosimilitud— es "superficial" por oposición al conocimiento "profundo" que implica la certeza, necesaria para el dictado de una sentencia de mérito.

Para ahondar en la caracterización de la verosimilitud, tomamos la posición de Sentís Melendo, que vincula ambos elementos (verosimilitud y certeza) con, respectivamente, ausencia de plenitud o plenitud probatoria. Señala al respecto: "Es muy difícil determinar cuándo existe plena prueba. Parecería que la plena prueba sería aquella que para nadie puede ofrecer duda en cuanto a significar la verificación de las afirmaciones a que se refiere. En tal sentido, la incompleta sería una no-prueba. Se dirá que no hay pruebas suficientes para considerar verificadas las afirmaciones que han constituido objeto o materia de prueba. Sin embargo, ha de admitirse que se han movilizad elementos probatorios, a veces en cantidad abrumadora. Para dictar sentencias definitivas en procesos de cognición hace falta una prueba plena. Pero la administración de justicia no se manifiesta en ese único tipo de resoluciones. Se puede pensar en aquellos procesos que no son de conocimiento, o en los que el conocimiento no es completo..."(19).

Es allí, entonces, donde no es necesaria la plena prueba (que lleva a la certeza en el juez) cuando la cuestión puede ser abastecida a partir de la "verosimilitud del derecho". Aparecen, entonces, nuevas formas de cautelares. Cafferatta, entre las reflexiones que incluye en el colofón de su trabajo "El principio precautorio", señala: "11. Desde el punto de vista clásico, a la luz de las normas procesales, irradia su influencia sobre las cautelares, imponiéndole formas atípicas de adopción"(20).

Respecto de esta actividad procesal concreta —la prueba de la verosimilitud del derecho— señala el publicista que evocamos (Sentís Melendo) que ello es una carga a la que se refiere el Código en varios de sus pasajes. "En realidad —explica— parecería que nos encontramos en la situación contraria: no se trata de establecer que el derecho es verosímil, sino de establecer que no es inverosímil. Según la Academia, verosímil es 'lo que tiene apariencia de verdadero; creíble, por no ofrecer carácter alguno de falsedad'. En tal sentido, casi todos los derechos serían verosímiles; es algo más lo que el código quiere, al imponer esa carga en [varios artículos, entre ellos los de las medidas cautelares]. Insisto en creer que la verosimilitud se traduce en la no inverosimilitud. Por lo demás, el código recoge también el concepto de hecho inverosímil (art. 424). Pero si contemplamos así la cuestión, estaremos ante una posible inversión de la carga de la prueba, cuando nadie ha alegado la inverosimilitud"(21).

Palacio, por su lado, retomando la propuesta teórica de Calamandrei, vincula el concepto de verosimilitud con el de probabilidad (22).

Nos dice, en lo que respecta a la fundabilidad de la pretensión cautelar —esencialmente instrumental— que la misma "no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso". Para comprobar esa "apariencia de buen derecho" (*fumus bonis iuris*) será suficiente que, "de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho. Por ello la ley no exige, a los fines de dicha comprobación, una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento generalmente realizado a través de un procedimiento informativo"(23).

Taruffo nos brinda su visión del tema: "...se tiende a definir la verosimilitud de una aserción —dice el profesor italiano— como su capacidad para representar una cierta realidad, como la aproximación de la representación al objeto representado o como la 'cercanía' de la aserción a la realidad de la que se ocupa. Por ejemplo, es verosímil una aserción según la cual la medida de una cosa es L1, cuando en realidad la medida es L2, si la distancia (el descarte) entre L1 y L2 es poco relevante. De forma análoga se puede decir que un cuadro es 'verosímil' si se sostiene que representa bastante fielmente un determinado objeto; se puede decir que la descripción de un hecho es verosímil si es correcto suponer que existe un hecho similar al descrito. Por tanto, sustancialmente la verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad. Esto presenta evidentemente el problema de la circularidad intrínseca del concepto de verosimilitud, ya que sería necesario conocer la realidad representada para establecer la verosimilitud de la representación, pero si se conoce la realidad deja de ser interesante discutir si la representación es verosímil. Sin entrar aquí en este problema, muy complejo desde el punto de vista epistemológico, se puede de todos modos observar que el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del 'orden normal de las cosas') sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil"(24).

De este modo, los tres autores por diferentes caminos llegan —en lo que en la práctica interesa a estos

fines— a similar puerto.

Sea mediante la búsqueda de la prueba de la "no inverosimilitud" que pregona Sentís Melendo, a través de lo probabilístico de Palacio con arreglo a la aptitud representativa de una afirmación determinada a la que refiere Taruffo, en todos los casos el juez para dictar una cautelar —la cuestión que nos ocupa— deberá posicionarse en un plano de falta de certeza, pero de construcción de una hipótesis fáctica que, por evocar un escenario viable (reiteramos, al no ser hallado "inverosímil", sustentarse en lo que ocurre en el común de los casos o exponer una versión creíble —en función de lo que suele acontecer también en el común de los casos— de los hechos) puede servir para dictar una providencia precaria, mutable y dependiente de lo que se resuelva en el proceso principal, ahora sí en el marco de una comprobación exhaustiva de la verdad de lo afirmado.

En honor a la urgencia de la respuesta —en el caso cautelar—, se sacrifica la profundidad del conocimiento, postergando esta investigación para un momento posterior, siempre dentro del mismo proceso. Sin embargo, aun para llegar a recrear esta "hipótesis fáctica viable" se debe contar con ciertos elementos, cuya recolección puede insumir algún tiempo y, en ciertas circunstancias de pretensiones cautelares, tornarse muy difícil de obtener y en casos extremos, imposible. Nos referimos a los elementos que permitan al juez convencerse de que la existencia o efectos de ciertos procesos contaminantes o degradantes —en lo que hace a su específica estructura física o química— "no resulta inverosímil" o "es lo que acontece de acuerdo con la teoría de las probabilidades" o "constituye un aserto que normalmente puede verse corroborado en la realidad de acuerdo con el curso natural de las cosas".

En esta situación, el principio precautorio aliviana la tarea judicial, permitiendo que no sea exigible ni siquiera la prueba de tal verosimilitud. Como se adelantara, el juez deberá fundar adecuadamente la cautelar dictada sobre la base de la aplicación de este estándar para dar por cumplido uno de los recaudos de la medida precautoria. Deberá justificar de qué modo se ubica en el campo de aplicación de la regla mentada y, así, proceder a dictar el resguardo pedido.

De tal modo, si esta pauta —el principio precautorio— permite medidas de fondo, adoptadas en sentencias de mérito, al no haber certeza sobre la idoneidad dañosa (causalidad, destacaba Peyrano) de cierta actividad o sustancia, cuánto más podrá dar lugar a despachos cautelares teniendo en cuenta la mayor dimensión protectoria que estas medidas provisionales pueden darle al trámite.

Y si aun para la sentencia final o de mérito —en este peculiar contexto—, no se requiere certeza respecto del efecto contaminante, la simple "verosimilitud del derecho" para obtener una cautelar que proteja de esa misma contaminación será un nivel o tipo de conocimiento todavía menor que el que se requiere en el contexto de la protección de otros tipos de derechos.

En concreto, la prueba sumaria con la que normalmente un juez puede disponer una medida cautelar podrá ser aún más reducida en los casos donde rija —en cuanto a la relación jurídica fondal— el principio precautorio. El magistrado, al evaluar la prueba reunida, deberá dejar a salvo que los hechos vinculados lo sitúan en el contexto de esta regla particular y, así, podrá tomar medidas que afecten —de modo provisorio y mutable— el patrimonio del demandado sobre la base de informes técnicos que refieran sólo potencialidades dañinas o contaminantes.

La certeza nunca será requerida en el plano cautelar: mucho menos en lo ambiental donde esa condición del conocimiento del juzgador ni siquiera es requisito para la sentencia final si juega el principio de precaución.

De tal modo, una medida de cautela material que de por sí se puede disponer de modo acelerado, llegará aún más rápido en el terreno ambiental por aplicación del principio precautorio, que permite una actividad probatoria aún más simple y "liviana" que la usualmente exigida en otros terrenos (25).

Si bien en el campo procesal ambiental el juez ve aumentados sus poderes oficiosos, entendemos que la aplicación del principio precautorio para la ponderación del *fumus bonis iuris* debe ser debidamente esgrimido en el pedimento cautelar. El juez deberá aludir a esta realidad cuando funde la adopción del resguardo solicitado. Es necesario contar con la "certeza de la incerteza", adoptando el ingenioso —pero clarificador— juego de palabras de Cafferatta (26).

La contraparte, al tiempo de la controversia en el marco de la apelación, habrá de cuestionar que —a pesar de que rija el mentado principio— la prueba arrojada sea suficiente, o bien que no hay tal "incerteza" científica, planteo que será dilucidado por la Cámara también en base a la regla precautoria.

Se vincula la aplicación del principio precautorio en el terreno procesal con un caso de inversión de carga de la prueba.

Cafferatta señala que "la cuestión es, ¿el principio precautorio invierte o no la carga de la prueba? '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 ambiente' (art. 4º, ley 25.675), ¿lleva necesariamente a asignar la carga de la prueba al titular de la actividad tan temida? ¿O en todo caso, esta regla de inversión de la prueba en estos supuestos, es absoluta o es relativa?" (27). Más allá de que a continuación señala posiciones que sostienen esa inversión como pauta a evaluar en cada caso o bien como situación permanente, creando —en cabeza de quien desarrolla actividades con riesgo de daño ambiental— una "situación de estado antijurídico" que debe revertir con prueba en contrario (28), lo cierto es que en materia de medidas cautelares, cuando lo normal es que no haya aún participación de la contraparte, sea la persona que requiera la medida precautoria quien deba aportar la "prueba de la incerteza" en el terreno técnico o científico respecto del riesgo ambiental que pregona y en base al que solicita que el juez actúe sus poderes decisorios, aun en el marco provisional y urgente.

A todo evento, el juez de oficio podrá complementar este panorama, pero no se observa que —en este estadio y fase de resolución— sea menester acudir a la intervención previa del demandado. Éste tendrá ocasión luego de controvertir la cautelar adoptada esgrimiendo, entre otras cuestiones, que no hay tal "certeza de la incertidumbre" aportando, por el contrario, elementos que disipen las dudas que planteara el actor y fueran razonablemente receptadas por el magistrado. Por supuesto, ello será realizado con mayor amplitud en el juicio principal.

V. La cautela material en base al principio precautorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado una muy adecuada aplicación del principio precautorio en el marco cautelar en el caso "Salas, Dino y otros v. Salta, provincia de y Estado nacional s/amparo" —sentencia del 29/12/2008—.

Allí, se ventiló una pretensión de amparo planteada contra "la provincia de Salta por no haber cumplido con sus obligaciones legales, tanto por acción como por omisión, al otorgar autorizaciones de desmonte y tala, y tolerar las prácticas realizadas en zonas de su jurisdicción de manera clandestina, lo cual —según entienden los actores— lesiona, restringe, altera y amenaza sus derechos y garantías consagrados en los arts. 16, 17, 29, 31, 41, 42, 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, en la Ley General del Ambiente, 25.675, y en los instrumentos internacionales que indica".

Los actores solicitaron, en tal contexto, una medida cautelar.

La Corte, luego de señalar que su intervención se torna necesaria cuando de la defensa de las "garantías constitucionales de la índole de las invocadas" se trata, va a hacer lugar a la cautela pedida ya que —dice— "en el caso media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, de conformidad con lo establecido en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y por resultar aplicable al caso el principio precautorio previsto en el art. 4º de la ley 25.675, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada (arg. causa D.251.XLIII. "Defensor del Pueblo de la Nación v. Buenos Aires, Provincia de y otro —Estado Nacional— s/amparo", sentencia del 24/4/2007, Fallos 330:1915, entre otros)".

Como vemos, el análisis de la procedencia de la medida tiene en cuenta las pautas de la teoría clásica. Y luego, ya en tren de delimitar la medida de cautela a disponer, expresa: "No obstante ello, al no haber individualizado con precisión los demandantes cuáles son los desmontes o talas de bosques nativos autorizados por la provincia de Salta que afectan las áreas de influencia de las comunidades que representan, y al haber destacado especialmente que durante el último trimestre del año 2007 se habría verificado un abrupto incremento en los pedidos de autorizaciones a esos efectos, circunstancia que la atribuyen a que en aquel momento era inminente la sanción de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331, a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios, y con arreglo a la atribución reconocida al Tribunal en el art. 204 del código citado, habrán de limitarse los alcances de la medida cautelar a las autorizaciones otorgadas en el período referido. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva o de las decisiones que se puedan adoptar en el futuro en el marco de los lineamientos contemplados en la órbita nacional por los arts. 198, tercer párrafo, 203 y concs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o sus similares en el orden local".

Se observa aquí un caso muy útil de cautela material por el que se limitó el efecto de autorizaciones para la tala de bosques en base al principio precautorio del art. 4º de la Ley General del Ambiente. Con posterioridad, el Estado salteño impugnó esa decisión, lo que motivó un segundo pronunciamiento en la misma causa de la Corte nacional —ahora, con sentencia del 26/3/2009—, donde habrá de justificar el dictado de la medida ya señalada.

Ahora expresa el tribunal que "2º) Que la medida adoptada por esta Corte se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4º) que dispone: '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. En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte 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... Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio".

En lo que atañe a la aplicación e incidencia del principio precautorio en materia de proceso ambiental, es elocuente la Corte cuando enseña que "produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras".

Y, asimismo, se establece una pauta peculiar, por la que se puede hablar —ahora— de una especial variante del principio dispositivo en el contexto ambiental. Ello ocurre cuando se expresa: "Esta decisión encuentra su fundamento en la Ley General del Ambiente en cuanto dispone que 'el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes' (art. 32, ley 25.675)".

Vemos, entonces, cómo el caso "Salas, Dino" en los dos pronunciamientos referidos, acerca precisiones y conceptos sumamente útiles en la construcción doctrinaria del derecho cautelar ambiental: concretamente en lo que respecta a la vigencia y alcance del principio precautorio (29).

(1) Ya lo hemos hecho antes en —entre otros trabajos y conferencias— "La protección del medio ambiente a través de la cautela material", JA 1998-II-648; "La protección cautelar en los procesos colectivos", Revista de Derecho Procesal 2011-2, "Procesos colectivos", Rubinzal-Culzoni; "Protección cautelar del ambiente en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires", Nota a fallo, AbeledoPerrot, Buenos Aires, diciembre 2012; "Embargo ambiental y eficacia del proceso", RDAMB, nro. 30, abril-junio 2012; "Eficacia cautelar ambiental", JA, fascículo 12, 2013-IV; nuestro capítulo en Camps, Carlos E. (dir. y coautor), Tratado de las medidas cautelares, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, y en Oteiza E. (coord.), Procesos colectivos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

(2) Ver, además de las obras citadas en la nota anterior, "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada", JA 1999-III-1091; "Actualidad de la tutela anticipada", JA 2003-II-1218; Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Anotado, comentado y concordado. Segunda edición aumentada, corregida y actualizada, 3 ts. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

(3) Se debe acudir —para modelar el "derecho procesal eficaz"— a las reglas de las Constituciones que en cada jurisdicción rigen y, fundamentalmente, a las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que va enriqueciendo día a día su jurisprudencia sentando premisas a seguir a los fines del adecuado cumplimiento de reglas de rito que no resulten violatorias de los más básicos y esenciales derechos humanos. Son ilustrativos al respecto los recientes casos "Furlán y familiares" y "Mémoli", con pronunciamientos donde la Argentina ha sido condenada, los que pueden ser consultados en la página web de la Corte Interamericana (www.cidh.org).

(4) Como señalábamos en anterior trabajo, las cautelares o medidas cautelares materiales son una especie de las medidas cautelares clásicas. Las caracteriza la posibilidad de que a través de ellas, su requirente obtenga de modo inmediato prestaciones en su favor que coincidan sólo en los aspectos fácticos —o consecuencias de hecho— con todo o parte del objeto mediato de su pretensión. Se trata de la por todos conocida medida cautelar innovativa o su contracara, la prohibición de innovar ("Actualidad de la tutela anticipada", JA 2003-II-1218). La posibilidad del dictado de este tipo de cautelares cuyo contenido coincide —insistimos— solamente en los efectos de hecho con lo pedido en la demanda y que busca ser satisfecho en la sentencia de mérito, ha sido receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en el precedente "Camacho Acosta"

—sentencia del 7/8/1997— generando una de las aperturas jurisprudenciales que entendemos de mayor trascendencia en los últimos tiempos en pos de la eficacia procesal. En ese caso, se trataba de una medida innovativa en el marco de un proceso de conocimiento por daños derivados de un accidente laboral. La posición fue ratificada —y, creemos, reforzada— en la causa "Pard" —sentencia del 6/12/2011— ahora en el contexto principal de un juicio por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito que incapacitara muy severamente a la víctima actora. De este último fallo es el siguiente párrafo, esencial en el contexto del presente trabajo, "12) Que ello es así pues una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor 'eficacia' de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía". No tenemos noticia de que nuestro Máximo Tribunal Federal haya sentado pautas del mismo tenor y con la misma contundencia en un proceso ambiental.

(5) Tomamos, al respecto, la exhaustiva enumeración que efectúa Cafferatta en su trabajo "El principio precautorio", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, 2014-I-5. Allí, este inquieto y sagaz investigador menciona la siguiente lista de obras específicas: Andorno, Roberto, "El principio de precaución: Un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica", LL 2002-D-1326; *id.*, "Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución", JA 2003-III, fascículo nro. 4, p. 29. Véase, Bergel, Salvador D., "Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil", p. 1008, en AA.VV., Derecho Privado. Homenaje al Profesor Doctor Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; *id.*, "La recepción del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", ED del 22/4/2004, "Las variedades transgénicas y el principio de precaución", Seminario Internacional "Biotecnología y Sociedad", desarrollado los días 16 y 17 de noviembre de 1999. De este mismo autor: "La recepción del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", ED, ejemplar 22/4/2004. Los trabajos de Goldenberg, Isidoro H. — Cafferatta, Néstor A., "El principio de precaución", JA 2002-IV-1442. Morello, Augusto — Cafferatta, Néstor A., Visión procesal de cuestiones ambientales, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 68; Cafferatta, Néstor A. — Lorenzetti, Pablo — Rinaldi, Gustavo — Zonis, Gustavo, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Ambiental, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 276-303; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos", en Romeo Casabona, Carlos, Principio de precaución, biotecnología y derecho, Comares, Granada, 2004, p. 319; *id.*, "Determinación de la filiación del clonado", JA 2001-IV-1375. Ver "El principio de precaución en un documento de la UNESCO", Anales de la Academia Nacional del Derecho, 2005; Rodríguez, Aldo: "Principio precautorio: aplicación jurisprudencial", RDAMB nro. 6, abril-junio 2006, p. 229; Bestani, Adriana, "El principio de precaución", en AA.VV., Articulación de las competencias ambientales en la Nación y en las Provincias del NOA, Universidad Nacional del Tucumán, Edunt, 2008, p. 17; *id.*, "El principio de precaución en el derecho argentino", RDAMB, nro. 13, enero/marzo 2008, p. 209; *id.*, "Gestión de riesgos y principio de precaución", EDA, enero-marzo 2009, nro. 17, p. 19. Muller, Enrique, "Los principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", Revista de Derecho de Daños, "Daño Ambiental", 2008-3, Rubinzal-Culzoni, p. 111, en p. 39. Una visión desde el derecho internacional, puede recurrirse, Estrada Oyuela, Raúl, "Comentario sobre algunos principios de derecho ambiental", ED Serie Especial Derecho ambiental, 25/7/2005, p. 16. Estrada Oyuela, Raúl — Aguilar, Soledad, "El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente", LL, Suplemento de Derecho Ambiental FARN, año X, nro. 4, 22/9/2003, p. 1. Ver Falbo, Aníbal J., "El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación", RDAMB, nro. 4, octubre 2005, p. 506; *id.*, "La tutela del ambiente ante la incertidumbre", RDAMB, nro. 13, enero-marzo 2008, p. 161; *id.*, "El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales", JA 1995-IV-976. Y de su reciente obra, p. 164, Derecho Ambiental, Platense, La Plata, 2009. Otros trabajos: Di Paola, María E. - Machain, Natalia, "El principio precautorio en la República Argentina. Análisis de su aplicación en las decisiones administrativas y judiciales", Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho Ambiental, AbeledoPerrot, 2005, p. 15; Zlata Drnas de Clément, "El principio de precaución en materia ambiental. Nuevas tendencias", trabajo presentado en la Jornada de Medio Ambiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 8 de mayo de 2000. También véase la obra colectiva, bajo la coordinación de esta misma autora, El principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina, Lerner, 2008, con trabajos de Mirta Liliana Belloti, Oscar Benítez, Zlata Drnas, Marta S. Juliá, Elsa Manrique, Gloria Rosenberg, Marta S. Sartori, Patricia Torres y los estudiantes María De la Colina, María José García Castro, Alejandra A. Nader. Asimismo, véase el artículo de Bibiloni, Homero M., "Los principios ambientales y la interpretación (Su aplicación política y jurídica)", JA 2001-I-108; Sidoli, Osvaldo, "El principio de precaución: la declaración de Wingspread y la Declaración de Lowell", El Dial Express, año VIII, nro. 1802, 7/6/2005. También, Facciano, Luis A., "La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000",

en AA.VV., Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derechos Agrarios, Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, 2001, p. 247; Esaín, José, "El Derecho Agrario y la cuestión de los feed lots. La Sup. Corte Bs. As. aplica la doctrina del Tribunal de las CE y del Consejo de Estado francés tomando el principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad del acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental", JA 2002-IV, fascículo nro. 6, p. 34. Walsh, Juan R., "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", Ambiente, Derecho y sustentabilidad, La Ley, 2000, p. 37; Iribarren, Federico, "La inclusión del principio precautorio en la Ley General del Ambiente", RDamb, nro. 1, p. 87. Aliciari, María Belén, "Los principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", RDamb, nro. 13, p. 235; Berros, María V., "Principio precautorio como herramienta de gestión del riesgo ambiental, su funcionamiento a propósito del caso de los campos electromagnéticos", RDamb, nro. 13, p. 187; íd., "Apreciaciones en torno a la aplicación del principio precautorio y la prueba: la circulación de saberes y apertura de agendas para el derecho", RDamb, nro. 34, abril-junio 2013, p. 155; López Zigarán de Vigo, Noemí y otros, "Principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental", RDamb, nro. 13, p. 279. Zevallos de Sisto, María C. - Braga, Alejandro y otros, "Principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental: entre el interés, la ciencia y la ética", RDamb, nro. 13, p. 259. Viana Ferreira, Ricardo A., "Un antiprincipio en el derecho ambiental: la política de los hechos consumados", RDamb, nro. 13, p. 293. Trippelli, Adriana, "El principio de precaución en la bioseguridad", en III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario, Rosario, 2000, p. 283. Zlata Drnas de Clément, El principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina, Lerner, Córdoba; Bestani, Adriana, Principio de Precaución, Astrea, Buenos Aires, 2012; Morales Lamberti, Alicia, "Incertidumbre científica y decisiones judiciales: implementación del principio precautorio", RDamb, 20-239; Figueredo, Micaela, "La implementación de los principios precautorios y de desarrollo sustentable en el derecho nuclear. Una aproximación a la situación de la Argentina", RDamb, 24-1; Novelli, Mariano - Tabares, Julieta, "Problemática del principio precautorio en la Unión Europea", RDamb, 32-275; Belloti, Mirta, "Protección ambiental en la Antártida: aplicación del principio precautorio por la Argentina e Italia", RDamb, 18-83. De nuestros trabajos, Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio en América Latina", JA 2009-IV, fascículo nro. 13, p. 2. También, "El principio precautorio", en Gaceta Ecológica, Instituto Nacional de Ecología, México, nro. 73, p. 5, trimestre octubre-diciembre 2004. Asimismo, "Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño", Revista de Derecho Ambiental, nro. 5 p. 67; "El principio precautorio", RRCYS, año V, nro. 6, noviembre-diciembre de 2003; "Principio precautorio y derecho ambiental", LL 2004-A-208; íd., "Naturaleza jurídica del principio precautorio", RRCyS, año XV, nro. 9, septiembre 2013, p. 5; Mirra, Álvaro - Valery L, "Direito brasileiro. O principio do precaução e sua aplicação judicial", JA 2003-III-1281; íd., Revista de Direito Ambiental, año 6, janeiro-março 2001, nro. 21, Editora Dos Tribunais, p. 92; Cassagrande Nogueira, Ana C., "O conteúdo jurídico do principio do precaução no direito ambiental brasileiro", en Benjamín, Antonio H., 10 anos do Eco 92. O Direito e o Desenvolvimento Sustentavel, Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2002, p. 285; Morato Leite, José R. - De Araujo Ayala, Patryck, Direito Ambiental na Sociedade de Risco, 2ª ed., Forense, 2006; Cappelli, Silvia, "Principio precautorio. Perspectiva desde lo jurisdiccional: el caso de Brasil", 4ª Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente, Salta, 23 de agosto de 2007. En la excelente obra colectiva Dias Varela, Marcelo - Barros Platiau, Ana F., Princípio da precaução, Del Rey, 2004, entre cuyos trabajos se destacan, Kiss, Alexandre, "Los derechos e intereses de las generaciones futuras y el principio precautorio"; Wolfrum, Rüdige, "El principio de precaución"; Sand, Philippe, "El principio de precaución", De Sadeleer, Nicolas, "El Estatuto del Principio de precaución en el derecho internacional", Teles da Silva, Solange, "Principio de precaución: Una nueva postura en fase de riesgos e incertezas científicas"; Hermitte, Marie-Angèle - David, Virginie, "Evaluación de riesgo y principio de precaución"; Godard, Olivier, "El principio de precaución frente al dilema de la traducción jurídica de demandas sociales. Lecciones de método derivadas del caso de la vaca loca"; Hey, Ellen - Fireestone, David, "Implementando el principio precautorio: desafíos y oportunidades"; Dias Varela, Marcelo, "Variaciones de un mismo tema: el ejemplo de implementación del principio de precaución por CIJ, OMC, CJCE y EUA"; Noiville, Christine, "Principio de precaución y OMC: ¿De la oposición filosófica para los ajustes técnicos?"; Freestone, David, "Implementando cautelosamente el principio de precaución. Abordaje precautorio de acuerdo a las Naciones Unidas sobre conservación y ordenamiento de poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorios"; Ruiz-Fabri, Hélène, "La adopción del principio precautorio por la OMC"; Leme Machado, P. Affonso, "Principio de precaución en el derecho brasilero y en el Derecho Internacional"; Veiga Rios, Aurélio V., "El principio de precaución y su aplicación en la justicia brasilera. Estudios de casos"; Barros Platiau, Ana F., "La legitimidad de la Gobernabilidad global ambiental y el principio precautorio". Ver, Embid Tello, Antonio Eduardo, "La creciente dependencia técnica del derecho ambiental ¿Avance o retroceso en la protección frente a la contaminación industrial", RDamb, nro. 35, julio-septiembre de 2013, p. 153. También, "El principio de precaución" en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, Santamaría Pastor, JA, La Ley, Madrid, 2010. Íd., Precaución y derecho. El caso de los campos electromagnéticos, Iuste, Madrid, 2010.

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 AA.VV., Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Comisión de Medio Ambiente y Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 271; Milano Sánchez, Aldo, El principio precautorio, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2005; Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 30, 2006. También son obras clásicas, Viney, Geneviève, "Le principe de précaution. Le point de vue d'un juriste", Les Petites Affiches, 30/11/2000. Kourilsky, Philippe - Viney, Geneviève, "Le principe de précaution", Rapport au Premier Ministre, París, La Documentation Française, 2000, p. 151; Romeo Casabona, Carlos M., "Principio de precaución, biotecnología y Derecho Penal. Resumen", monografía disponible en Internet, del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco / EHU Lejona; Cans, Chantal, "Le principe de précaution nouvel élément du controle de légalité", Revue Française de Droit Administratif, nro. 4, julio-agosto 1999, traducido en Investigaciones 1-2000, p. 195, Secretaría de Investigación del Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación. También, desde la doctrina de España, Sanz Larruga, Francisco J., "El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nro. 1, año 2002, p. 117; Mazeaud, D., "Responsabilité civile et précaution. La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle", Resp. Civ. et Assur., juin 2001, nro. 19 y ss.; Le Torneau, Philippe, "Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil", en Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, t. IV, La Ley, Buenos Aires, en especial apartados 26 a 28, p. 918, del eximio profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse, Francia.

(6) "El principio precautorio —también conocido como principio de cautela— constituye uno de los pilares del Derecho Ambiental, y se registra su plural invocación en otras áreas (protección de la salud pública, seguridad alimentaria, tutela del consumidor y del usuario, etc.)". Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales del funcionamiento del principio precautorio en materia ambiental", trabajo inédito.

(7) Entre los antecedentes de esta regla legal, la doctrina es conteste en evocar el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, cuando reza: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

(8) Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales..." cit.

(9) Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit. Agrega este destacado autor y querido amigo: "Vamos a decirlo de manera más amplia: lo novedoso del principio precautorio, que a nuestro juicio, reiteramos, constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad por daño, basado en el factor objetivo del riesgo (peligro) de daño grave o irreversible (o bien, como lo veremos, en el deber de garantía o seguridad, de peligro de daño calamitoso, aun frente a la duda técnica), es que lleva necesariamente al operador jurídico a incursionar en el ámbito de la duda, de la incerteza. Ámbitos o terrenos, a los que no está 'acostumbrado' el Derecho".

(10) Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales..." cit.

(11) Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales..." cit.

(12) Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales..." cit. Agrega: "Por supuesto que la presencia de riesgo potencial 'grave o irreversible' redundará en una pronta y más enérgica toma de decisiones tendiente a conjurarlo. No puede, además, perderse de vista que en muchas ocasiones el perjuicio ambiental es de índole acumulativo y que sólo se pone de relieve luego de transcurrido algún tiempo. Una baja contaminación actual no asegura que en el futuro no se consolide una contaminación intolerable".

(13) Peyrano, Jorge W., "Aspectos procesales..." cit.

(14) La falta de regulación procesal no puede frustrar la defensa de derechos de raigambre constitucional. Ello surge de doctrina muy antigua de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expuesta claramente en los celeberrimos leading cases "Siri" —sentencia del 27/12/1957— y "Kot" —sentencia del 5/9/1958—, contexto donde vio la luz la figura del amparo, y recientemente reiterada con la misma fuerza en "Halabi" —sentencia del 24/2/2009— justamente, con ocasión de hacer referencia a la defensa de una categoría de derecho colectivo: el individual homogéneo. De este línea fuertemente garantista y protectoria de nuestro más Alto Tribunal de Justicia surge que si existe un determinado derecho consagrado por la Constitución, la falta de una vía procesal típica, expresamente plasmada en las leyes procesales, no puede ser óbice para que los jueces le den protección. En "Halabi" se denunció concretamente la demora en la adopción de medidas legislativas en tal sentido. Sin embargo, ante la falta de las mismas, el Tribunal brindó reglas que podrían resultar de aplicación en casos donde tales prerrogativas se encuentren en jaque.

(15) Ver nuestro artículo "El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y las vías para la

defensa de los derechos de incidencia comunitaria", RDAMB, nro. 3, julio-septiembre 2005.

(16) Camps, Carlos E., "Amparo y ultra anticipación de la tutela", JA, 2001-III-1217.

(17) Falbo, Aníbal, "El principio precautorio del Derecho Ambiental y sus funciones cautelares y de interpretación", RDAMB, nro. 4, octubre 2005, p. 511.

(18) Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit.

(19) Sentís Melendo, Santiago, La prueba, EJE, Buenos Aires, 1978, ps. 89 a 90.

(20) Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit.

(21) Sentís Melendo, Santiago, cit., ps. 93 a 94.

(22) Véase la crítica a esta circunstancia en Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, 2ª ed., traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, ps. 184 y ss.

(23) Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. VIII, 2ª ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, ps. 25 a 26.

(24) Taruffo, Michele, cit., ps. 185 a 186.

(25) Sobre la gestión de la prueba en el contexto especial del principio precautorio, ver el excelente aporte de Quadri, Hernán, "Algunas particularidades probatorias en materia ambiental", RDAMB, nro. 20, octubre-noviembre 2009, p. 123.

(26) Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit.

(27) Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit.

(28) "La mayoría de la doctrina (Lorenzetti, UICN, Unión Europea) sostiene que invierte la carga de la prueba con un criterio casuístico (habrá que ver caso por caso), otros en cambio creen que este principio no sólo invierte la carga de la prueba, sino también el estado de juridicidad. Quien desarrolla una actividad de riesgo de daño grave o irreversible ambiental, incurre en una situación de estado antijurídico, hasta que demuestre lo contrario (Antonio H. Benjamín)". Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", cit.

(29) Cafferatta también destaca del rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Salas", al dar precisiones útiles en la senda de caracterizar el principio precautorio. "El principio precautorio", cit.