La implementación del principio precautorio su inclusión en el Tratado UE – Mercosur

Implementing the Precautionary Principle its inclusion in the EU-Mercosur treaty

Liliana Bertoni¹

RESUMEN: El principal aporte del principio de precaución es que refuerza los estándares legales de protección del riesgo y conduce a un manejo ordenado e inteligente del mismo. Este principio fue introduciéndose de manera progresiva tanto en los ámbitos nacionales como internacionales ante la posibilidad de presentarse un potencial riesgo o peligrosidad referidos al ambiente y a las condiciones de vida de la humanidad principalmente en la sociedad post industrial. En ámbitos internacionales, su inclusión en los Tratados de integración y comercio conduce a un manejo sostenible de los intercambios. A lo largo de este trabajo desarrollaremos su inclusión en los países del Mercosur y en el Tratado de Asociación Estratégica entre la UE y el Mercosur.

Palabras-clave: Principio de precaución, ambiente, comercio, tratados internacionales

1 Abogada Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Docente e investigadora en Derecho de la Integración.

ABSTRACT: The contribution of the precautionary principle reinforces the legal standards of risk protection and leads to an orderly and intelligent management of it. This principle was progressively introduced both in the national and international spheres due to the possibility of presenting a potential risk or danger related to the environment, health, and to the living conditions of humanity, mainly in the post-industrial society. In the international community its inclusion in the integration and trade treaties leads to a sustainable management of exchanges. Throughout this paper we will develop its inclusion in the Mercosur countries national sphere, and its inclusion in the Strategic Association Treaty between the EU and Mercosur.

Keywords: Precautionary principle, environment, trade, Mercosur, International Treaties

SUMARIO: Introducción 1. El principio precautorio origen y desarrollo. 2. Diferencias entre el principio de precaución y el principio de prevención. 3. Problemática del principio de precaución en el orden internacional. 3.1. El principio de precaución en el Derecho Internacional. 4. El principio de precaución en el Derecho Argentino. 5. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 6. El principio precautorio en el Tratado de la UE Mercosur. 7. Consideraciones Finales

1. Introducción

Poner en contexto el principio de precaución² y conocer el desarrollo científico y académico, de la misma manera que el alcance y la aplicación de este principio nos permitirá acercarnos a los modernos conceptos con los que se han comenzado a redireccionar las relaciones contractuales ya sea en el mundo internacional como en ámbitos nacionales en las relaciones en los sectores públicos como privados, donde el manejo adecuado del riesgo comienza a ser una preocupación constante.

Este principio fue posicionándose de manera progresiva en la sociedad postindustrial³, concepto que referencia a las transformaciones y acelerados cambios hacia la sociedad tecnológica en la cual los servicios y el manejo de las comunicaciones cada vez más avanzadas han superado la valoración de los sectores primarios e industriales como motores de la economía.

Pero esta nueva sociedad recibió junto con estos cambios una preocupante herencia producto del creciente y constante procesos de industrialización y las conductas reiteradas del hombre en la búsqueda de un mejor estándar de vida. Todo ello condujo a un manejo descuidado de la relación humana - naturaleza en el cual las actividades productivas se sostuvieron por mucho tiempo en la creencia de la existencia de una regularidad natural. Regularidad que

2 Resulta difícil encontrar una definición universal que de uniformidad a este concepto sin embargo, en general, todas sostienen que este principio comprende en sí mismo la idea de cautela ante posibles daños aunque pueda existir incertidumbre al respecto.

3 El concepto de sociedad postindustrial surgió con la publicación de Alain Touraine llamada "La sociedad postindustrial" en 1969. Posteriormente, el sociólogo Daniel Bell también utilizó el concepto en su obra "El advenimiento de la sociedad postindustrial" de 1973.

hacía suponer que el futuro sería igual que el pasado y ello hacía que la naturaleza no corriese riesgo ni peligro por la acción humana dado que el futuro de la Humanidad y del planeta no eran responsabilidad del hacer individual.

Pero en poco tiempo la naturaleza se ocupó de demostrar que las cosas no eran tal como se las había venido pensando y ello condujo a reposicionar la actuación del hombre con respecto a la naturaleza principalmente al visualizar la existencia de un potencial daño, un riesgo o una peligrosidad particularmente referidos al ambiente y a las condiciones de vida futuras de la Humanidad. Es aquí entonces donde el principio precautorio tal como explicaremos seguidamente toma relevancia y se fortalece con principio jurídico aplicable a todas aquellas relaciones que pudiesen suponer un riesgo, aunque se encuentre en expectativa.

2. El principio precautorio origen y desarrollo

Resulta cierto que a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en su “Declaración de Río” comenzamos a visualizar una serie de principios esenciales al desarrollo sostenible y entre ellos el denominado “principio o enfoque precautorio” .

Sin embargo, la filosofía del Derecho de la mano del Hans Jonas⁴ nos introduce en los orígenes de este principio. Este estudioso centra su trabajo en los problemas éticos y sociales creados por el desarrollo tecnológico y en su obra “ El principio de la responsabilidad” incorpora la cuestión de la valoración de las consecuencias y de los derechos de

4 Hans Jonas, filósofo alemán, principalmente conocido por su influyente obra “El principio de la responsabilidad.” El trabajo de este pensador se centra en los problemas éticos y sociales creados por la tecnología. JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder; 1995.

las generaciones futuras y ello conlleva la exigencia moral de evitar acciones que pudieran ser percibidas como fatales para el futuro de la Humanidad. En el mismo sentido Mata Diz et al señalan que la protección ambiental demanda la creación de acervos legales específicos para las categorías ambientales a protegerse como es el caso, por ejemplo, de los recursos hídricos.⁵

Jonas sostiene que al verse modificadas las dimensiones temporales y espaciales de la acción humana, estas acciones amenazan la vida humana en el presente y resultan altamente significativas para el futuro de la Humanidad, el futuro de la naturaleza y de la vida del planeta. Es preciso entonces reconocer que el incremento de poder y saber que nos ha proporcionado la ciencia y la técnica es un hecho objetivamente nuevo que nos obliga a asumir una ampliación de la esfera de responsabilidad.

La enorme magnitud alcanzada por la acción tecnológica sumado a la precariedad de la naturaleza llevó a considerar como objeto de la ética, la dignidad de la vida humana, el futuro remoto y nos puso frente a la necesidad de garantizar la existencia de las generaciones venideras, surgiendo entonces una responsabilidad por las generaciones futuras.

Y en ese contexto se desarrolla la idea de precaución, no como abstención sino como gestión activa del riesgo. Porque si nuestras acciones son desarrolladas en un contexto de incertidumbre respecto de las consecuencias posibles, resulta necesario extremar la precaución para no provocar consecuencias mayores. Sin embargo, cabe destacar que el concepto de “precaución” no incluye necesariamente una

5 Bergamaschine Mata Diz, J., de Oliveira, M. L.; Souza Costa, B. (2021). A justiça socioambiental historicamente possível: a atribuição de um sentido hermenêutico-concretizador. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 123, 353-385.

evaluación negativa de los adelantos tecnológicos ni de los nuevos aportes de la ciencia como tampoco puede pensarse como una restricción de la investigación enfocada al progreso y al desarrollo sustentable para un mejor futuro. Bajo estas consideraciones el principio de precaución se presentó y se presenta como un elemento imprescindible para garantizar los derechos de las generaciones futuras.

El principio de “precaución” o también llamado “de cautela” exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro, operando ante la amenaza de riesgo como una medida cautelar que debería de adoptar, por ejemplo, todo Estado que pretendiese contar con un alto grado de protección en cuestiones tan significativas como la salud o al ambiente.

Es decir que este principio propicia la gestión responsable del riesgo, aunque exista un grado de incertidumbre respecto a la producción efectiva del mismo. Pero si bien lo ambiguo del concepto jurídico de riesgo hace que evaluemos el principio de precaución cercano a la ética, es importante recordar que ante el estado actual de riesgo en que se encuentra el planeta, este principio ha ido fortaleciéndose en los ámbitos políticos y jurídicos nacionales e internacionales, impulsando tanto a los Estados como los ciudadanos a tomar conciencia y hacer uso del concepto de precaución como elemento indispensable para un futuro mejor y como herramienta necesaria para lograr un desarrollo económico sostenible.

La evolución de este principio ha ido incorporando materias vinculadas al tradicional manejo de los recursos naturales como las áreas forestales, los métodos utilizados para la extracción de maderas de bosques naturales, el cuidado de las especies nativas, de la misma manera que el cuidado de la fauna y la conservación de especies que podrían estar

en extinción, a todo ello se suma hoy pasando a ser una cuestión prioritaria la composición de la matriz energética de la misma manera que la atención se centra en replantear los métodos de producción impulsando la generación de los empleos verdes y la consideración de varios conceptos. Entre ellos el concepto de residuo que deberá transformarse en recurso para permitir incorporarlo a la cadena productiva como un insumo más.

Estos temas entre otros forman hoy parte de la discusión en las distintas instancias referidas al comercio internacional y su consideración se ha incluido en muchos de los tratados multilaterales de última generación, como en el caso del Tratado de Asociación Estratégica entre la UE y el Mercosur, al cual nos referiremos en páginas siguientes.

3. Diferencias entre el principio de precaución y el principio de prevención

Suele ser bastante común que el principio de precaución y el principio de prevención sean utilizados como sinónimos, ya que ambos refieren al hecho de tomar de manera anticipada alguna medida o disposición para evitar que algo perjudicial suceda.

También guardan similitud debido a que ambos principios son utilizados para referirse a temas ambientales, de salud, alimenticios, a la generación de productos químicos, o al manejo de sustancias peligrosas. Sin embargo, ambos principios tienen diferencias importantes en su concepción y aplicación por lo cual resulta interesante brevemente referirse a estas diferencias.

En general la doctrina destaca que, el principio de precaución en materia ambiental se distingue del principio de prevención porque el primero exige tomar medidas que

reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave aun cuando se ignore la posibilidad cierta de que éste ocurra, mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que puede producirse.

Para diferenciar ambos principios también se alude al momento y las circunstancias en que ambos se aplican, el principio de precaución exige la adopción de medidas de protección antes de que se verifique el daño, solo ante la existencia de una amenaza por ejemplo a la salud o al ambiente. Por el contrario, el principio de prevención obliga a tomar medidas atento a la existencia de un peligro cierto, por ejemplo, que pueda producir determinada actividad.

Si bien ambos principios son considerados esenciales al momento de evaluar el daño, en el marco del Derecho ambiental y el cuidado de la salud del planeta ya no es necesario contar con evidencia científica, queda de lado la necesidad de certeza y la previsibilidad para implementar medidas de cautela frente al daño, es decir la aplicación del principio precautorio no se basa en la afectación efectiva sino en la posible alteración negativa que pueda producirse.

3.1 Problemática del principio de precaución en el orden internacional.

El principio de precaución comenzó a aparecer en instrumentos legales internacionales a mediados de los años ochenta⁶, aunque, previamente, había estado presente

6 Este principio comenzó a presentarse en algunos documentos internacionales de forma implícita haciendo referencia a la necesidad de prudencia o cautela respecto a las acciones que podrían dañar la naturaleza y el ambiente. Algunos autores señalan como antecedentes donde se introdujo este concepto la Primera Conferencia Internacional sobre

como principio en algunos ordenamientos legales locales, particularmente en Alemania del Oeste. Sin embargo, no fue y no es aún hoy en día ampliamente aceptado y genera desacuerdos en cuanto a su funcionalidad y aplicación. Por una parte, existen quienes consideran que es importante contar con este principio porque proporciona un elemento jurídico que permite la actuación legal anticipada dirigida a tratar problemas fundamentalmente ambientales que pueden convertirse en cuestiones de alto riesgo y gravedad para el bienestar del planeta y la existencia de la vida humana⁷.

Los detractores de la aplicación de este principio lo ven como una sobre regulación que puede ser un limitante de la actividad y el progreso de la Humanidad. Afirman que puede convertirse en “un principio paralizador” ya que regular sobre la incertidumbre o sobre la ignorancia es tarea altamente compleja que puede traer aparejado el aumento de otros riesgos.

Lo cierto es que a pesar de las diferencias de opinión el principio de precaución es hoy aplicado no solo en las regulaciones ambientales, la biodiversidad, la bioseguridad, el manejo de los mares, el transporte de residuos radiactivos y en una amplia variedad de materias reguladas por la legislación internacional sobre la protección del ambiente, sino que este principio precautorio es hoy incluido también en todos aquellos Acuerdos o Tratados de multilaterales de comercio en la búsqueda de un equilibrio entre la productividad y el desarrollo económico acompañado de un desarrollo con sostenibilidad.

Protección del Mar del Norte de 1984 otros hacen mención al Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono 1985.

- 7 BERTONI, L. (2016). El Ambiente y la precaución ambiental: aplicación en Argentina. In: *Jurisprudencia ambiental en Europa y América Latina: una contribución para el desarrollo sostenible*. MATA DIZ, J.B; MORENO MOLINA, J.A, DEL POZO, C.F. M. Belo Horizonte, Arraes.

4. El Principio de precaución en el Derecho Internacional

El principio de Precaución se encuentra hoy consagrado en el Derecho Internacional principalmente como rector y proteccionista del ambiente, y se orienta a prevenir o evitar daños, graves e irreversibles, aun cuando dichos daños se encuentren en expectativa, en una etapa, considerada como de riesgo o peligro de daño, es decir aun cuando no exista certeza científica absoluta sobre su ocurrencia.

A nivel internacional su consagración surge a partir de la Declaración de Río del año 1992 y posteriormente cuando en Estados Unidos se emite la Declaración de Wingspread en el año 1998.

Desde la «Cumbre de la Tierra» realizada en Río de Janeiro en el año 1992 puede considerarse el principio de precaución como plenamente incorporado al conjunto de disposiciones ético-jurídicas destinadas a redefinir la relación entre el hombre y la Tierra. La Declaración de Río en su principio 15 estableció que: “con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades y en caso de riesgos de daños graves o irreversibles la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como pretexto para postergar la adopción de medidas eficaces tendientes a prevenir la degradación ambiente”.

Por su parte, la Declaración de Wingspread de 1998⁸ reconoce la existencia de daños producidos por la emisión y uso de sustancias tóxicas y las alteraciones físicas del ambiente que causaron consecuencias no deseadas

8 Esta Declaración fue el fruto de una reunión de científicos, filósofos, juristas y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos y Canadá que se llevó a cabo en 1998 en Wingspread (estado de Winsconsin) y que es considerada como el origen conceptual del principio de precaución.

tanto a la salud humana como al ambiente; dichas consecuencias en algunos casos provocaron altas tasas de deficiencia en el aprendizaje, asma, cáncer, defectos de nacimiento, las extinciones de especies, junto con los cambios en el clima mundial, la disminución del ozono de la estratosfera y la contaminación mundial con sustancias tóxicas y materiales nucleares.

Como vemos son consecuencias de una gravedad y magnitud tal a nivel mundial que requieren ineludiblemente establecer nuevos principios para encausar las actividades humanas aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad.

En este contexto quienes participaron de la elaboración de esta Declaración sostienen que aquellos que proponen una determinada actividad, y no el público o quienes puedan sufrir las posibles consecuencias del desarrollo de esa actividad, deben ser quienes asuman la carga de la prueba. Por ello sostienen es necesario que la aplicación del principio de precaución sea abierto, transparente y democrático, y permita incluir a todas las partes potencialmente afectadas.

Después de estas Declaraciones que confirmaron la amplia aplicación del principio de precaución múltiples fueron los Tratados Internacionales que introdujeron el principio de precaución en su articulado, entre ellos la Convención de Naciones Unidas sobre los cambios climáticos de 1992⁹, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología

9 Artículo 3 Principios/ap3. Incumbe a las partes tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o atenuar las causas de los cambios climáticos y limitar sus efectos adversos Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debe utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer las medidas, entendido que las políticas y las medidas referidas para hacer frente al cambio climático, requieren una buena relación coste / eficacia, de manera que garanticen las ventajas globales al más bajo coste posible.

del Convenio sobre la Diversidad biológica Montreal 2000¹⁰, este último es sin duda el principal instrumento internacional para todos los asuntos relacionados con la diversidad biológica, en él se reconoce la rápida expansión de la ciencia en la biotecnología moderna de la misma manera que se reconoce también la creciente preocupación pública sobre los posibles riesgos y efectos adversos que estos adelantos tecnológicos puedan causar a la salud humana, Ante este reconocimiento expresamente el Protocolo adhiere a la aplicación del principio de precaución en los términos del Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

5. El principio de precaución en el Derecho Argentino

El dinamismo que la naturaleza presenta a partir de los constantes cambios es a la vez el que impulsó la evolución de la legislación al respecto, que en general ha ido acompañando los grandes desafíos.

La preocupación del Derecho por el cuidado de la naturaleza se encaminó en un principio a otorgar un marco de actuación racional y sostenible a la explotación de los

10 Se completó el texto del Convenio sobre la Diversidad Biológica en Nairobi en mayo de 1992 y éste quedó abierto a la firma el 5 de junio de 1992 en Río de Janeiro en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED). El Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Después de varios años de negociaciones, se completó y adoptó en Montreal, el 29 de enero de 2000, en la reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes, el Protocolo conocido como Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la diversidad biológica. La adopción definitiva del Protocolo sobre la seguridad la biotecnología ha sido elogiada como un importante paso decisivo al proporcionar un marco normativo internacional reconciliar las necesidades respecto de protección del comercio y del medio ambiente en una industria mundial en rápido crecimiento, la industria de la biotecnología.

recursos naturales. En la década del 70 los conceptos aun dispersos se desarrollaron en función de la tutela de estos recursos indispensables para un modelo económico cada vez más consumista y petróleo-dependiente. Consecuentemente el Derecho de los Recursos Naturales se orientaba a otorgar un marco de racionalidad, y lineamientos para un aprovechamiento sostenible de dichos recursos.

La Conferencia de Estocolmo de 1972 amplió el espectro, centró la atención internacional sobre el ambiente humano, y en ella se sentaron las bases para la progresiva formación de una conciencia ambiental a partir de la cual toma impulso la elaboración de legislación ambiental y la creación de organismos nacionales específicos.

Veinte años después La Cumbre de la Tierra de 1992¹¹ se convirtió en una reunión de política internacional de gran envergadura que se destacó no solo por los altos niveles de convocatoria sino también por lograr el posicionamiento del tema ambiental dentro del conjunto de los grandes debates mundiales. En la Declaración surgida de esta Cumbre, se reconoce que la protección del ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada debiendo atender las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Puede sostenerte entonces que una vez instalado el concepto del desarrollo sostenible los países de Latinoamérica en su gran mayoría asumieron con entusiasmo los compromisos de la Cumbre en 1992 que en algunos casos se reflejaron en reformas constitucionales que otorgaban jerarquía constitucional a los principios ambientales y en otros

11 Declaración del Medio Ambiente y Desarrollo Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, significó un momento importante en la búsqueda de lograr un equilibrio justo entre las necesidades económicas, sociales y ambientales, en <http://www.un.org/>

se reflejó en la aprobación de Leyes Marco que establecían directivas a seguir en el orden nacional.

En la República Argentina la reforma constitucional de 1994 incorporó herramientas jurídicas fundamentales para garantizar la protección del ambiente, incorporando al nuevo artículo 41¹² los principios universalmente admitidos como derechos humanos en lo concerniente a la calidad de vida, a lo que se sumó el dictado de la Ley General del Ambiente (LGA) 25.675¹³ que en su artículo 4 sostiene que la interpretación y aplicación de la Ley estará sujeta al cumplimiento de los principios que hoy fundan el derecho ambiental, los enumera y define e incorpora la diferenciación entre el principio de prevención y el principio precautorio¹⁴.

Con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 realizada por la República Argentina, oportunidad en la

12 CNRA. artículo 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

13 Ley No: 25675, Ley General del Ambiente - Bien jurídicamente protegido, Sancionada el 27/11/2002 Publicada en el Boletín Oficial del 28/11/2002. Artículo 1 "La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable". Artículo 4 Principios - Principio de congruencia, el Principio de equidad intergeneracional, el Principio de progresividad, el Principio de responsabilidad, el Principio de subsidiariedad, el principio de sustentabilidad, el principio de solidaridad, el principio de cooperación.

14 Considerando que el principio de prevención es aplicable a las causas y las fuentes de los problemas ambientales que serán atendidos en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Y se aplicará el Principio precautorio cuando haya peligro de daño grave o irreversible aclarando expresamente que 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. TICKNER, J; RAFFENSPERGER, C.; MYERS, N. (1999). El principio precautorio en acción. Science and Environmental Health Network, SEHN Junio.

que se incorporó la protección del ambiente al texto constitucional, la legislación existente y la actuación de los Tribunales permitieron contar con una creciente jurisprudencia en pro del cuidado responsable del ambiente. Durante la década de los 80 La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se pronunció en algunos casos de manera directa o indirecta sobre el tema. Entre ellos¹⁵ realizó un análisis indirecto de la temática, vinculada con la tutela de la salud pública.

En otras oportunidades la Corte analizó su competencia en procesos relativos a la explotación y/o afectación de recursos naturales¹⁶, de la misma manera ¹⁷ que aceptó su competencia originaria y analizó las potestades nacionales y provinciales de regulación de la pesca, sosteniendo que “la pesca de especies aptas para el consumo humano, con destino, en especial, para su exportación, tiene un costado de desarrollo económico y otro de protección del recurso cuya complejidad y trascendencia exige el poder de policía federal”. Un fallo particularmente interesante en el cual la Corte dictaminó sobre la tala de bosques naturales fue el caso Salas¹⁸ que analizaremos brevemente.

Esta causa del año 2008, se inicia cuando un grupo de personas de comunidades indígenas y asociaciones criollas de Salta, deducen acción de amparo, contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional a fin de obtener que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas in-

15 “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios” (14/05/1887- Fallos: 170:273),

16 “La Pampa, Provincia de c/ Provincia de Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos” (03/12/1987 - Fallos: 310:2478),

17 “Harengus S.A c/ Santa Cruz, Provincia de s/ inconstitucionalidad ley prov. 2144” (19/04/1994 - Fallos: 317:397)

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “SALAS, DINO y otros c/ SALTA, PROVINCIA de y Estado Nacional S/AMPARO”, 26 de marzo de 2009.

discriminadas de los bosques nativos salteños situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria Solicitan se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas por la Provincia de Salta y se prohíba otorgarlas en el futuro, solicitan además se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a su favor, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la ley 25.675. Solicitan, asimismo, la aplicación de una medida cautelar por la cual se ordene el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida durante todo el tiempo que demande la sustanciación de la litis.

Varias razones hicieron que fuera este un caso emblemático dentro de las decisiones del Supremo Tribunal Argentino, a mi entender la Corte como en otras ocasiones se hizo cargo de causas ambientales en las cuales se declaró competente¹⁹ principalmente ante la necesidad de prevenir y actuar precautoriamente para evitar daños gravemente perjudiciales e irreversibles. La Corte en el caso Salas, basó su decisorio en la Constitución Nacional y la legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental, en ambas contemplan de manera expresa el principio precautorio. Y si bien en otras ocasiones la Corte ha hecho alusión al principio

19 Textos del fallo ap. 4 .La Corte considera justificada suficientemente su intervención y señala expresamente que no debe verse en ello una intromisión indebida en atribuciones de otros poderes del Estado, que como custodio de de las garantías constitucionales su misión es tutelar los derechos invocados en la medida que dichos derechos puedan ser lesionados(arg.Fallos 328:1146,330:111).en esta condiciones la Provincia demandada no puede ver afectada su autonomía por la intervención asumida en la causa desde que la competencia originaria constituye una garantía de obtener un Tribunal imparcial.

precautorio en esta oportunidad sostiene la aplicación plena de este principio como presupuesto básico²⁰ para la verosimilitud de la medida cautelar y para asegurar la eficacia de la norma de presupuestos mínimos en materia de Bosques, que consideró objeto de artilugios en la órbita provincial para evitar su efectiva aplicación.

Sumado a este pronunciamiento que dispuso el cese provisional de la tala y el desmonte de bosques nativos, la Corte recurre a un instituto importante como el de la evaluación del impacto ambiental y ordena la realización en forma conjunta²¹, de una “evaluación ambiental acumulativa”, e integral. Sin perjuicio de ello, llamó a una audiencia pública con la finalidad que en la misma se presenten los informes del caso por parte de las autoridades, como así también la petición de las comunidades y su fundamento. Habiendo actuado y resuelto respecto a la peligrosidad y el daño al ambiente el Supremo Tribunal considera cumplida su intervención y decide desprenderse de la causa.

20 La Corte considero que mediaba suficiente verosimilitud en el Derecho y la posibilidad de perjuicios inminentes e irreparables, de conformidad con lo establecido en el art.232 del CPCCN considera resulta aplicable el principio precautorio previsto en la Ley 25675.Pronunciamiento del 29/12/2008 Fallo331.2925(43)Estándar Aplicado por la Corte: “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” .

21 La Provincia de Salta, en forma conjunta con la SAYDS de la Nación, la que deberá resguardar el respeto de los presupuestos mínimos en la materia. Asimismo, deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Pronunciamiento 26/03/2009-Fallo 332.663 Dicho estudio debería concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmontes señalados sobre el clima, el paisaje y el ambiente en general, así como las condiciones de vida de los habitantes.

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución Nacional Argentina y las Leyes que se refieren a la competencia judicial ambiental en el orden nacional remite la causa al ámbito provincial. Entendiendo que allí es donde se deberán adecuar los permisos otorgados a la nueva Ley de Bosques Nacionales y al ordenamiento provincial.

6. El principio precautorio en el Tratado de la UE – Mercosur

Dentro del marco para las relaciones multilaterales de carácter global que se generan entre Estados y grupos de Estados integrados, podemos destacar las relaciones entre la Unión Europea y el Mercosur y dentro de ellas destacar el Proyecto de Acuerdo Birregional que ambos espacios integrados vienen llevando adelante, con intensas y prolongadas negociaciones encaminadas a concretar de manera definitiva la puesta en marcha del Tratado de Asociación Estratégica entre ambos grupos integrados.

La firma de este Acuerdo resulta relevante dado que ambos bloques en su conjunto conforman un conglomerado poblacional de gran envergadura, y ofrecen un amplio espacio para el desarrollo económico comercial, ambos con contribuciones de relevancia, por una parte, un aporte de recursos naturales, materias primas, fuentes de energía inexploradas, y por la otra un alto grado de industrialización y avance tecnológicos ya consolidados.

Los modernos tratados o tratados de última generación en los que se consolidan cuestiones comerciales acompañados de una mayor apertura de mercados que incrementa y acelera el intercambio de bienes y servicios y aumenta la productividad, se incluyen hoy en día cláusulas de sostenibilidad. Cláusulas de sostenibilidad que van en busca de

un equilibrio entre el desarrollo del comercio y el cuidado ambiental.

El tratado que estamos analizando entre la UE y el Mercosur ha incluido un capítulo de desarrollo sostenible, en el cual además de las especificaciones que el articulado destaca con relación al objetivo buscado por los Estados, este capítulo pone de manifiesto la necesidad de que ambas partes actúen en concordancia con las medidas en los Acuerdos AMUMA²² consensuados en el orden internacional donde los firmantes asumen el compromiso de promover las relaciones económico-comerciales ajustándose al cumplimiento e implementación de los ODS como parte de la Agenda 2030.

Con este enunciado, que parte desde su primer artículo, los Estados dejan en claro que han entendido que la sustentabilidad como premisa introducida en los Acuerdos de comercio guarda estrecha relación con el crecimiento y desarrollo económico impulsado por estos acuerdos comerciales.

Resulta entonces que en la actualidad sustentabilidad y desarrollo económico son conceptos que forman parte de un todo integrado de acciones que posibilitaran por una parte reconstruir de manera ordenada la relación Humano - Naturaleza, pero además basado en una concepción más moderna, el concepto de desarrollo sustentable se amplía y contempla el desarrollo en sus tres dimensiones necesariamente complementarias la económica, la social y ambiental.

En el acuerdo UE-Mercosur en el inicio de las negociaciones los cuestionamientos al Acuerdo provenían desde los sectores agrícolas²³ hoy en día las voces se alzan en reclamos

22 AMUMA. Acuerdos Multilaterales sobre medio ambiente, firmados dentro del marco de Naciones Unidas respecto a una amplia gama de materias. <https://www.un.org/es/>

23 En sus comienzos el Acuerdo entre el Mercosur y la UE despertó resistencias, especialmente de los sectores económicos que históricamente se opusieron a que avancen las negociaciones, los sectores agrícolas

de los estándares de sostenibilidad respecto de la situación existente en los países del Mercosur.

Francia nuevamente reitera su posición contraria²⁴ al Acuerdo, y en palabras de su presidente Emmanuel Macron expresadas en el marco del Congreso Mundial de la Naturaleza del año 2021 (Elysée, 2021) sostuvo públicamente su resistencia al Acuerdo dado que los estándares de sostenibilidad que los países del Mercosur detentan, pueden no resultar compatibles con las agendas del clima y la biodiversidad establecida y puesta en marcha con acciones concretas en la UE.

El informe de Ambec que sustenta los argumentos de Macron respecto al Acuerdo, no es el único que señala los importantes riesgos derivados del acuerdo comercial por su parte la Comisión Europea presentó también su informe de evaluación de impacto de la sostenibilidad²⁵ SIA (por sus siglas en inglés) elaborado por la London School of Econo-

europas principalmente Francia e Irlanda, entre otros y los sectores industriales de Argentina y Brasil,

- 24 Francia, la posición contraria al Acuerdo se ha visto legitimada por el “informe Ambec” (Gouvernement de la France 2020), encargado por el gobierno de Francia a un grupo de especialistas independientes presidido por Stefan Ambec, profesor de Economía Ambiental en Toulouse. El informe considera que, si bien el acuerdo incorporan algunas demandas ambientales europeas, a través del principio de precaución y de la referencia al Acuerdo de París sobre cambio climático, estas no son suficiente para garantizar sostenibilidad en materia medioambiental, social y económica. <https://www.gouvernement.fr/partage/11745-remise-du-rapport-de-la-commission-d-evaluation-du-projet-d-accord-ue-mercosur>, acceso en 20 nov 2021.
- 25 Informe SIA (Sustainability Impact Assessment) elaborado por la London School of Economics Consulting en Diciembre de 2020 (Comisión Europea, 2020). El informe «El medio ambiente en Europa: Estado y perspectivas 2020» constituye un apoyo fundamental en el impulso renovado de Europa hacia la sostenibilidad – Agencia Europea de Medio Ambiente https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/july/tradoc_158889.pdf, acceso en 12 mai 2021.

mics Consulting en Diciembre de 2022, el cual se muestra de alguna manera más favorable y resalta la importancia de consensuar la inclusión de un capítulo sobre desarrollo sostenible que permitiría reafirmar el compromiso y cooperación de ambos bloques respecto al cuidado ambiental.

Respecto al tema que nos ocupa en este análisis es oportuno señalar que el capítulo sobre Comercio y Desarrollo Sostenible en su artículo 10 sobre información técnica y científica se incluye la posibilidad de aplicar el principio precautorio.

Sin embargo, a lo largo de las negociaciones ambas partes sostuvieron posiciones contrapuestas respecto a la incorporación y aplicación de este principio. La UE con un relevante soporte legislativo dentro del espacio integrado garantiza e introduce la aplicación del principio de precaución en el ámbito de la UE²⁶ y en Tratados firmados con otros Estado no miembros. Este principio de precaución en la UE fue reconocido de manera expresa el Tratado de Maastricht (1992), al establecer que la política de la Comunidad debería fundarse sobre el principio de precaución y de acción preventiva, de la misma manera fue introducido en el año 1994 al emitirse La Carta de la Energía de la Comunidad Europea en su Art. 19, establece: “En la formulación de sus políticas y en sus actuaciones concretas, las Partes Contratantes pondrán todo su empeño en adoptar medidas precautorias para evitar o reducir al mínimo el deterioro del medioambiente”.

Este enfoque de gestión del riesgo basado en el consenso científico se acento en la UE y se definió a partir de una comunicación de la Comisión²⁷, adoptada en febrero de

26 Algunos ejemplos en los que la Unión Europea (UE) ha aplicado el principio de precaución son su marco reglamentario de las sustancias químicas [Reglamento (CE) n.o 1907/2006; denominado REACH] y la legislación alimentaria general [Reglamento (CE) n.o 178/2002.

27 La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio

2000, donde se definía este concepto y se explicaba cómo se aplicaría el principio de precaución. Este principio solo podrá invocarse en caso de riesgo potencial y en ningún caso podrá utilizarse para justificar una toma de decisión arbitraria. La base de aplicación de este principio de precaución “sólo puede usarse sobre una base científica” y, por tanto, no se aplicará de manera discrecional por parte de los Estados contratantes ni podrá presumirse o ser considerado como una barrera comercial.

Esta interpretación generó el debate acerca de aquello que puede considerarse como “base científica”. El artículo 10 establece en su primer párrafo: la posibilidad de aplicar medidas destinadas a proteger el medio ambiente o las condiciones laborales que pueden afectar el comercio o la inversión, en este sentido cada Parte se asegurará de que la evidencia sea certera al momento de establecer o implementar medidas destinadas a proteger el medio ambiente o las condiciones laborales que pueden afectar el comercio o la inversión.

Para ello, cada Parte se asegurará de que la evidencia científica o técnica en la que se basa su solicitud provenga de organismos técnicos y científicos reconocidos y que las medidas se basen en normas, guías o recomendaciones internacionales y que tengan un dictamen proveniente del “Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible” creado en este capítulo al efecto. Comité que deberá permitir la participación de la sociedad civil y la creación de un panel de expertos.

de precaución (COM /2000/1), aprobada por resolución del Parlamento Europeo el 14 de diciembre de 2000, expresa que la aplicación del principio de precaución constituye un principio esencial de su política.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:european_commission, acceso en 23 jun 2021.

Sin embargo, la redacción de este capítulo de torna un tanto ambigua al contemplar la posibilidad de que la evidencia o información científica sea insuficiente o no sea concluyente, y exista un riesgo de degradación ambiental grave²⁸ o de salud y seguridad ocupacional en su territorio. En este caso la Parte podrá requerir un debate sobre el asunto en cuestión en el Subcomité TSD para poder definir la cuestión.

Con miras a la concreción definitiva y la puesta en marcha de este relevante Tratado entre ambos grupos integrados se encuentra hoy en medio del debate la redacción definitiva del capítulo de sostenibilidad del Tratado y se contempla la elaboración de un protocolo adicional para definir este tema, tema que como vemos cobra relevancia al momento de concretar las cuestiones comerciales en el ámbito internacional donde la inversión, la innovación y la tecnología tiene hoy un rol definitorio en la relaciones comerciales.

7. Consideraciones finales

De análisis del principio precautorio que hemos realizado de manera breve en este artículo, resulta relevante destacar la manera en que el desarrollo económico y la política comercial se encuentra cada vez más relacionadas con la política ambiental. Si bien es cierto que al momento de negociar tratados de comercio entre los Estados o Grupos de Estados integrados siempre subyace la defensa de los intereses particulares de cada parte contratante, se encuentran cada vez más asentados y presentes principios del Derecho internacional como el principio de precaución que buscan las defensas de intereses comunes y la defensa de los estándares generales que hacen a la sana convivencia y al cuidado y la salud de nuestro planeta.

28 Observamos que a falta de definición de “Degradación ambiental grave” puede causar inconveniente al dejar lugar a una interpretación libre.

Es decir, existen principios y propósitos que se extienden más allá de su aplicación a los objetivos particulares de cualquier documento que se firme dentro del orden internacional, En general, la tendencia se encamina hoy a aplicar los principios de manera amplia, transversal y coordinada con criterio de complementariedad.

De esta manera si el principio de precaución se aplica a modo de anticiparse a las consecuencias dañosas, aplicado ante la posibilidad de daño grave e irreversible podrán estas acciones ser conducentes a una custodia efectiva de una situación sobreviniente. En el texto de este Acuerdo Mercosur-UE, son claras y persisten las divergencias y grandes asimetrías, ambas partes tiene sus razones que son atendibles para defenderlas.

El análisis del texto nos permite decir que la UE defiende el desarrollo y logro de un grado de avance importante respecto al desarrollo económico y el cuidado del ambiente, sostenido por una legislación vigente y aplicable, basada en el Pacto Verde Europeo que posiciona al espacio europeo como un importante actor global en materia ambiental.

Por su parte, el Mercosur como grupo integrado, muestra una evolución poco confiable en la sustentabilidad de estándares ambientales. con una legislación dispersa en muchos casos no vigente y si bien existe un ámbito institucional que se ocupa de la materia como el Subgrupo de Trabajo N° 6 de Medio Ambiente, no es un organismo independiente dado que se encuentra sujeto a procesos de negociación intergubernamental en el Grupo Mercado Común y a las decisiones y consideraciones de la Reunión de Ministros de Medio Ambiente de cada uno de los países.

Pero en busca de un acercamiento entre América y Europa que redunde en un beneficio para ambas partes, la solución debe provenir del fortalecimiento del dialogo político, reforzando las acciones multilaterales en busca de

un consenso y la convergencia en temas que son comunes no solo a este Tratado en cuestión, sino que afectan en su conjunto a toda la Humanidad.

Bibliografía

Banco Mundial. 1992. Informe Sobre Desarrollo Mundial 1992. Desarrollo y Medio Ambiente. World Bank, Washington.

BERGAMASCHINE MATA DIZ, J., de OLIVEIRA, M. L.; SOUZA COSTA, B. (2021). A justiça socioambiental historicamente possível: a atribuição de um sentido hermenêutico-concretizador. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 123, 353-385.

BERTONI, L. (2016). El Ambiente y la precaución ambiental: aplicación en Argentina. In: *Jurisprudencia ambiental en Europa y América Latina: una contribución para el desarrollo sostenible*. MATA DIZ, J.B; MORENO MOLINA, J.A, DEL POZO, C.F. M. Belo Horizonte, Arraes.

CAFFERATTA, N. A. *Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 general del ambiente*. Avances y novedades. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Conferencias de la ONU sobre el medio ambiente. (s.d.). Naciones Unidas - Centro de Información. México, Cuba y República Dominicana. Agosto 2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia CSJN Derecho Ambiental.- 1a ed.- Buenos Aires, CSJN, 2012. ISBN 978-987-1625-22-2 1. Jurisprudencia. I. Título. CDD 347.077.

DRNAS DE CLEMENT, Z. (1998) Concepto y Elementos

Jurídicos del Desarrollo Sostenible. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1998, pp. 213-228.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2001) *El principio de Precaución Ambiental - La Practica Argentina*. Buenos Aires, Lerner Editorial SRL.

ESAIN, J A. (2008). *Competencias ambientales: sistema federal ambiental*. Fuentes. Distribución y alcances. Presupuestos mínimos de protección, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008.

JONAS, H. (1995) *El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder; 1995.

OLIVA, A. C. (2005). El Desarrollo del principio de precaución. *Rev. Esp. Salud Publica*, mar.-abr., vol.79, no.2, p.133-144.

TICKNER, J; RAFFENSPERGER, C.; MYERS, N. (1999). El principio precautorio en acción. *Science and Environmental Health Network*, SEHN Junio.

Recebido em: 21/05/2023

Aprovado em: 14/06/2023

Liliana Bertoni

E-mail: bertonlilian@gmail.com