

EL “PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN” EN MATERIA AMBIENTAL- NUEVAS TENDENCIAS

Zlata Drnas de Clément **

Introducción

Desde inicios de la década de los ‘90¹ se ha podido observar una marcada inclinación a la incorporación del “principio de precaución” en instrumentos internacionales en materia ambiental. Entre esos documentos podemos destacar, la *Convención sobre Cambio Climático de 1992*², la *Convención sobre Biodiversidad de 1992*³, la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992*⁴⁻⁵.

Concepto de Precaución en Materia Ambiental

1

**.-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.

- Si bien el *Tratado de la Unión Europea de 1986*, en su art. 130 R.(2), había incorporado el “principio de precaución” (juntamente con el de “prevención”) al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, lo hizo sólo a modo de enunciado, sin clarificar su significado ni alcance. La mención se ha mantenido en el *Tratado de Maastricht de 1992* (con el mismo número de artículo e inciso) y en el *Tratado de Amsterdam de 1997* (como art. 174).

² - La *Convención sobre Cambio Climático* dispone en su art. 3.3. que: “Las Partes deberán tomar medidas de precaución para prever o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenazas de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos (...)”.

³ - El párrafo noveno del *Preámbulo* de la *Convención sobre Biodiversidad* dispone: “Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

⁴ - El *Principio 15* de la *Declaración de Río* expresa: “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”.

⁵ - Entre otros documentos que han incorporado el principio de precaución en forma directa podemos recordar a la *Convención de Bamako de 1991* (art.4), la *Convención sobre el Noreste Atlántico de 1992* (art. 2), la *Convención sobre Cursos de Agua Transfronterizos de 1992* (art. 2), la *Convención sobre el Mar Báltico de 1992* (art. 3).

1

La enunciación del principio en distintos documentos internacionales ha permitido la clarificación de su núcleo conceptual. Así, el principio

- responde a la idea de prevención, entendida ésta en términos generales, pero aplicable sólo cuando *no hay certidumbre científica* del riesgo para el ambiente como consecuencia de una actividad dada ⁶;
- implica la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas en base a estudios científicos objetivos de evaluación preliminar, aún cuando en última instancia, las medidas sean adoptadas sobre *convicciones de razonabilidad*, sin sustento científico suficiente;
- requiere la revisión incesante de las medidas adoptadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre brindados por los avances científicos;
- prefiere asegurar la protección del medio ambiente aplicando medidas cautelares, aún cuando esas medidas que puedan aparecer más adelante como innecesariamente aplicadas;
- pospone beneficios económicos, tecnológicos y de desarrollo, prefiriendo ante la duda, preservar el ambiente (la salud de la persona humana, los animales, las plantas). Es decir, opta por el menor costo posible a largo plazo, ya que el daño ambiental, de producirse, podría ser irreversible.

Recientes Incorporaciones del Principio en Documentos Internacionales

Ámbitos Regional-Subregional Unión Europea

La *Comisión Europea* adoptó el 13 de enero de 2000 el ***Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria*** destinado a promover la salud de los consumidores europeos mediante el establecimiento de normas y de sistemas de seguridad alimentaria de nivel internacional. El *Libro* propone un plan de acción abarcante de una vasta gama de medidas

⁶ - Básicamente, la similitud entre el “principio de precaución” y el “principio de prevención” radica en las seguridades sobre la virtualidad de una actividad para producir un daño. La diferencia entre ambos principios se halla en que, en el caso de la “precaución”, no hay base científica suficiente como para tener una convicción razonable de que el daño va a producirse. Las medidas de “precaución” se corresponden con la idea de “buen gobierno”, gestión estatal que se adelanta criteriosamente a los hechos y, ante la duda de que una actividad sea riesgosa, prefiere limitarla (y aun equivocarse) privilegiando la preservación del medio ambiente. En cambio, las medidas estatales adoptadas en virtud del “principio de prevención” se corresponden con la idea de “diligencia debida”, y la adopción de medidas proporcionales a la magnitud de las fuerzas en juego. Si la actividad entraña riesgos significativos, nace la obligación del Estado de prohibir el emprendimiento o de exigir el uso tecnologías adecuadas que minimicen los efectos nocivos.

(más de 80) relativas a seguridad alimentaria⁷. Asimismo, comprende la propuesta de una legislación alimentaria general basada en el principio de precaución.

Por otra parte, la *Comisión de la Unión Europea* ha adoptado en Bruselas, el 2 de febrero de 2000, una **Comunicación sobre el Principio de Precaución** a los fines de difundir las modalidades con que tiene previsto aplicar el principio. Para ello ha decidido llevar adelante un enfoque estructurado de análisis de aquellas actividades en las que, si bien no hay pruebas científicas ciertas, seguras o concluyentes, existen motivos razonables para creer que los efectos de la actividad pueden resultar peligrosos para el medio ambiente, la salud de las personas, animales o plantas. Para tales casos, la *Comisión* pretende establecer *directrices* que pongan de relieve la necesidad de adoptar medidas acordes a las características del principio de precaución y su estado de evolución.

A través de la doctrina y de la jurisprudencia se han ido consolidando ciertos postulados básicos a tener en cuenta al adoptar medidas en aplicación del principio de precaución (estrategias de la gestión del riesgo dudoso⁸). Para que esas medidas puedan gozar de legitimidad⁹, se exige que sean:

- *- proporcionadas al nivel de protección por el que el Estado haya optado¹⁰;
- *- iguales a medidas similares adoptadas en circunstancias equivalentes¹¹;

⁷ - Se ocupa de alimentos para animales, salud y bienestar de los animales, higiene, contaminantes y residuos, nuevos alimentos, aditivos y aromatizantes, materiales de embalajes e ionización.

⁸ - La *Comisión* no pretende una política de riesgo-0, sino que propugna medidas de precaución ambiental políticamente aceptables. La determinación del nivel de riesgo aceptable es materia de decisión política. Debe tenerse en cuenta que el “principio de prevención” (a diferencia del de precaución) se refiere a las medidas frente a actividades que se saben riesgosas e implican un daño potencial.

⁹ - Atento a la falta de pruebas científicas completas.

¹⁰ - Se trata de una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. El desarrollo económico y social de una región, suele ser determinante del grado de protección ambiental por el que se haya decidido el Estado. El “principio de proporcionalidad” que debe acompañar a la “precaución” implica la necesidad de verificar si los medios elegidos (limitaciones a la actividad presuntamente riesgosa), son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si no ha habido exceso en la relación medio-fin. (*Vide Asunto C-183/95, AFFISH BU / Reijksdienst voor Queuring van vee en Vlees*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997). El “principio de proporcionalidad”, a más de requerir que las medidas no vayan más allá de lo necesario para lograr el fin pretendido, exige que esas medidas, siempre, sean consideradas como presunciones *juris tantum* que admitan prueba en contrario. (*Vide Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. Garage Molenheide BVBA y otros / Belgische Staat*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997).

¹¹ - Ello, al igual que en el punto siguiente, no obsta para la aplicación del principio de igualdad de hecho en el cual se requiere el trato diferenciante a fin de alcanzar un resultado que restablezca el equilibrio entre situaciones diferentes. La diferencia de situaciones puede surgir de las condiciones del medio o bien de los requerimientos económicos y sociales de determinados ámbitos territoriales de un Estado. Cuando no existe la necesidad de aplicar un trato diferenciado equilibrador de desigualdades, las limitaciones a las actividades con efecto presuntamente dañoso, deben responder al interés general. (*Vide Asunto C-398/95. Syndesmoston en Elladi Touristikon Fai Taxicliotikon Crafeion y Porgos Ergasias*, sentencia del TJCE de 5 de junio de 1997). Las diferencias en las medidas de limitación deben responder objetiva y necesariamente a las diferencias entre las distintas actividades riesgosas a las que se aplican. (*V. Asunto C-139/95. Livia Balestra / Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, sentencia del TJCE de 30 de enero de 1997).

- *- no discriminatorias en su aplicación¹²;
- *- ajenas a cualquier forma encubierta de proteccionismo¹³;
- *- adoptadas en base a un examen de costos y beneficios potenciales tanto de la acción como de la inacción¹⁴;
- *- objeto de revisión periódica a la luz del aporte de nuevos datos científicos¹⁵.

Las directrices de la *Comisión* pretenden describir las distintas situaciones y señalar los casos en que pueden aplicarse medidas en invocación del principio de precaución y con qué alcance. Esas tipologías han de contribuir a garantizar un alto nivel de protección ambiental general y un confiable funcionamiento de las medidas precautorias en los mercados internos, especialmente, en los espacios políticos integrados integrados (vg.: *UE*, *MERCOSUR*).

La *Comunicación* de la *Comisión* encuentra su origen en un discurso pronunciado por el Presidente de la *Comisión* ante el *Parlamento Europeo*, el 5 de octubre de 1999¹⁶. Debe tenerse en cuenta que el principio de precaución, sólo encuentra lugar en el *TCE*, en materia de medio ambiente (actual art. 174, ex-130 R). Precisamente por ello, es que la *Comisión* ha emprendido una acción tendiente a extender la cautela a otras áreas como son la salud de la persona humana, los animales y las plantas, más allá de su condición de meros elementos integrantes de los biosistemas y del equilibrio ecológico¹⁷.

MERCOSUR

Por su parte, el proyecto de ***Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Medio Ambiente***, en el ámbito del *MERCOSUR*, adoptado en la XI Reunión Ordinaria del

¹² - Debe haber para todos los que se hallen en circunstancias equivalentes un trato igual (*V. Asunto Prejudicial C-323/95. Esposos Hayes / Kronenberger GmbH*, 20 de marzo de 1997). A los fines de determinar la no discriminación, corresponde un estudio comparativo de calificación de actividades, circunstancias y méritos. (*Vide Asunto T-142/95. Jean Klouis Delvaux / Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia del *T. de 1ª Inst.* de 18 de diciembre de 1997).

¹³ - La facultad de los Estados para optar por el nivel de riesgo a tolerar -o en su contracara, grado de protección- no es compatible con la adopción de medidas basadas en temores irracionales o percepciones tremendistas no sustentables científicamente.

¹⁴ - Este tipo de análisis pone en la balanza desarrollo vs. preservación a largo plazo.

¹⁵ - Los Estados pueden determinar a quien incumbe la responsabilidad -o la carga de la prueba- de presentar los elementos de carácter científico necesarios para una evaluación completa del riesgo de la actividad.

¹⁶ - Los Comisarios *de Empresa y Sociedad de Información, *de Sandidad y Protección de los Consumidores y * de Medio Ambiente (Erkki Liikanen, David Byrne y Margot Wallström, respectivamente), fueron quienes presentaron a la *Comisión* el proyecto de la *Comunicación* de referencia.

¹⁷ - Debe recordarse que el *Tratado de Amsterdam* ha incluido el concepto de “desarrollo sostenible” entre los objetivos de la *UE* y ha reforzado la integración de la protección del medio ambiente en las otras políticas comunitarias, especialmente la referida al mercado interior. La posibilidad de que un Estado miembro aplique normas más estrictas que las armonizadas en el ámbito de la *UE* se ha visto fortalecida en el Tratado, al admitirse que esas medidas restrictivas estén dirigidas a la solución de un problema ambiental específico. Le corresponde a la *Comisión* controlar esas normas restrictivas para asegurarse que no supongan obstáculos al mercado interior de la Comunidad.

SGT Nro. 6 (Asunción del Paraguay, 16 y 17 de marzo de 1999), en el inc. c) del Art. 4, Cap. III *De los Principios*, Título III *De la Política Ambiental*, señala que, entre los principios que “regirán la coordinación de las políticas ambientales en el ámbito del *MERCOSUR*, el proceso de armonización de la legislación ambiental entre los Estados Partes y el proceso de elaboración y actualización de los instrumentos jurídicos ambientales” se halla el “principio precautorio”. Así reconoce que la falta de información o conocimiento científico suficiente no es motivo para postergar la adopción de medidas frente a la inminencia de daños graves o irreversibles al medio ambiente y a la salud humana. La formulación resulta débil dado el requisito de “inminencia de los daños a producirse” ya que tal condición saca a la situación del nivel de mero riesgo potencial, propia de la precaución (riesgo dudoso) y de la idea de “buen gobierno”, para llevarla a la falta de prevención como medida de gestión de la “diligencia debida” (riesgo cierto, daño potencial), dimensión que, de no ser cubierta, puede llevar (por las consecuencias de la inacción) al plano de la responsabilidad internacional subjetiva por ilícito.

Ámbito Universal Protocolo de Bioseguridad

El documento internacional acordado que más ha avanzado en la visualización y modo de incorporación del “principio de precaución”, hasta la fecha, es el *Protocolo de Montreal sobre Bioseguridad*, de 29 de enero de 2000, adoptado en el marco de la *Convención de Biodiversidad de 1992*.

Tras cinco años de difíciles negociaciones, los Estados Partes en el *Convenio de Naciones Unidas sobre Biodiversidad*, lograron acuerdo para adoptar el primer convenio internacional destinado a regular el movimiento transfronterizo de los organismos manipulados genéticamente.

Uno de los puntos más conflictivos de las negociaciones¹⁸ ha sido la incorporación del “principio de precaución”. El *Grupo de Miami* se manifestó como el más fuerte opositor a la inclusión de la cautela en el documento, invocando la necesidad de evidencia científica para impedir importaciones de productos transgénicos. No obstante, el principio precautorio se logró adoptar en el texto del *Protocolo* mediante el procedimiento de “package deal”, al establecerse que los Estados pueden negarse a la importación de transgénicos en ausencia de suficiente evidencia científica sobre los riesgos que implican.

¹⁸ - Negociaciones llevadas adelante por 138 Estados divididos en cinco bloques: * el *Grupo de Miami* (liderado por EE.UU [que no es Parte en la *Convención sobre Biodiversidad*] y conformado por Argentina, Australia, Canadá, Chile y Uruguay); * el *Grupo de la UE*; * el *Grupo de los Países Afines* (cerca de 100 Estados en desarrollo liderados por Etiopía); * el *Grupo de Compromiso* (formado por Noruega, Suiza, Japón, Méjico, Corea del Sur) y * el *Grupo de Países de Europa del Este*.

El *Protocolo* da tratamiento diferenciado a los transgénicos destinados a liberación directa al medio ambiente (como semillas, peces, aves...) de los transgénicos destinados a bienes de consumo.

En el primero de los casos, de conformidad al *Protocolo*, el país exportador debe dar aviso previo al país importador de su intención de enviar un cargamento de transgénicos, proveyendo información sobre el producto. El país importador puede negarse a importar basándose en el “principio de precaución”. La importación sólo puede concretarse con la autorización explícita del importador.

Los productos transgénicos destinados a consumo han sido incluidos en el *Protocolo*, pero bajo un régimen menos estricto. En este caso, no es necesario el aviso previo¹⁹, basta con avisar de la exportación a través del Sistema de Información por Internet del mismo *Protocolo*. El producto se identifica bajo el rubro: “puede contener transgénicos”, con lo que no existe la exigencia de segregación ni etiquetado especial, dejando así desprotegidos a los consumidores. No obstante, se acordó establecer normas específicas de etiquetado para esos productos en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del *Protocolo*²⁰.

El *Protocolo* se abrirá a la firma durante la *Quinta Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica*, la que se llevará a cabo en Nairobi, en mayo de 2000. A fines del mismo año, Francia será el país anfitrión de la primera reunión de Estados contratantes en el *Protocolo*, oportunidad en que la Agenda deberá contemplar los procedimientos de segregación e identificación de los organismos vivos modificados y la creación de un sistema de responsabilidad.

Si bien el acuerdo dejó muchos aspectos sin resolver, importa un triunfo histórico de los países en desarrollo en la guerra no superada entre intereses comerciales y preservación del medio ambiente a nivel global.

Conclusiones

Los documentos referidos, adoptados en el 2000, marcan una nueva dinámica en la aplicación efectiva del “principio de precaución” ya que, el establecimiento a nivel internacional, regional y global, de directrices para lograr los objetivos del principio, la tipificación de situaciones y el señalamiento de medidas concretas adecuadas a cada caso, diseñadas para afrontar el riesgo dudoso potencial, señalan un promisorio futuro para el

¹⁹ - Ello no quita que el país pueda negarse a la importación invocando el “principio de precaución”, previo estudio de evaluación de riesgos. Debe tenerse en cuenta que las normas del *Protocolo* responden al “principio de mínima”, estando facultados los Estados para adoptar normas más exigentes ambientalmente que el régimen de bioseguridad contemplado en el *Protocolo*.

²⁰ - Para la entrada en vigor se requieren cincuenta ratificaciones, lo que se estima que podría darse en dos o tres años.

logro de una más eficaz preservación ambiental desde el origen de las causas de su degradación.