

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL COMO FUENTE NORMATIVA. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN*

*Zlata Drnas de Clément***

Introducción

Los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a principios generales del derecho¹. Por ello, en primer lugar, efectuaremos unas breves consideraciones sobre los principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa (I).

Los más reconocidos principios del Derecho internacional ambiental son *i.a.*: prevención², precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio, multiactorialidad. Dada la imposibilidad de abordar a todos ellos en un trabajo breve como el presente, nos detendremos en el principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente; eje del desarrollo sostenible (II).

I. Los principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa

Las *fuentes formales* tienen un proceso creativo, formativo, si bien, frecuentemente, en la doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí. Es de observar que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) -al que suele tomarse como base para el estudio de las fuentes del Derecho internacional- hace referencia a las fuentes como normas en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas, más allá de que al definir las mismas haga referencia al proceso³⁻⁴.

*Trabajo publicado en el *Anuario IX (2006)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

**Catedrática de Derecho Internacional Público y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Córdoba. Académica.

¹ Convicciones jurídicas coincidentes, máximas abstractas, surgidas en foro doméstico (vg: buena fe, *pacta sunt servanda*, equidad, prohibición de abuso de derecho, etc.).

² El que abarca tanto la prevención *ex ante* (acción preventiva frente al riesgo) como *ex post* (acción preventiva previsor de la reparación del daño), que comprende *i.a.* a los sub-principios ‘contaminador-pagador’, ‘responsabilidad común pero diferenciada’, etc.

³ Art. 38: “1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1.a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del

No debe llamar la atención que se tome al Art. 38 del ECIJ como base para el estudio de las fuentes normativas internacionales, ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 191 Estados Miembros, a más de tener vocación de órgano universal en tanto a ella pueden acceder todos los Estados del Mundo aun cuando no sean miembros de NU⁵.

Del citado artículo del ECIJ surge que las fuentes formales principales del DI son: convenciones, costumbre y principios generales del derecho, lo que implica que la Corte puede fallar basándose en una cualquiera de ellas.

La enunciación de fuentes del Art. 38 del ECIJ (al igual que lo hiciera el Estatuto de la CPJI) no indica orden de prelación. Es de recordar que en el proyecto inicial de Estatuto la expresión “en el siguiente orden de prelación”, que figuraba en la primera frase del pre-proyecto, fue eliminada y que, deliberadamente, se evitó usar números ordinales para formalizar la enunciación de modo de evitar cualquier indicio de prioridad. Como no es posible citar dos fuentes al mismo tiempo, la enunciación secuencializada es una mera necesidad expositiva. Sí, aparece claro que, al enunciar las fuentes principales, el Estatuto ha ido de la fuente más concreta en su formulación a la más abstracta.

Llama la atención que hasta ahora la doctrina no haya reforzado la teorización sobre las fuentes desde la óptica propia del Derecho internacional *público*. El hecho de que el Inc.1. a) del Art. 38 del ECIJ haga referencia a “convenciones generales o particulares” sin aditamentos, da lugar a que se pueda considerar que los dos tipos de convenciones tienen idéntico rol como fuente de Derecho internacional. Entendemos que ello no es correcto y que sólo son verdaderas fuentes del Derecho internacional público las convenciones generales (tratados leyes). Únicamente por obra de las fuentes de Derecho internacional público (convenciones generales, costumbre general, principios generales de derecho) es que las convenciones particulares (tratados contratos, entendimientos privados entre sujetos internacionales) tienen valor jurídico internacional. Similar situación se da entre las costumbres generales y bilaterales y, parcialmente, con las institucionales. No debemos olvidar que las normas internacionales de carácter general son las que regulan los distintos supuestos y relaciones de los sujetos de la comunidad internacional. Corolario de lo que acabamos

derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ‘*ex aequo et bono*’, si las partes así lo convinieren”.

⁴ Dado que el Art. 38 del ECIJ hace referencia a las fuentes normativas y no a los procedimientos de creación de las mismas, tal como lo señaláramos, creemos incorrectas las críticas frecuentemente formuladas a la redacción del párrafo 1.b) relativo a la costumbre, ya que la “prueba” es externa al o a los sujetos involucrados en el proceso de formación de la costumbre como tal. La fuente recién puede considerarse que existe una vez probada por institución legitimada al efecto la existencia de la práctica realizada con la convicción de obrar conforme a derecho. Esta afirmación no puede interpretarse en el sentido de que pretende transformar a la jurisprudencia en fuente principal de derecho, ya que el jurisdiscente sólo *constata* la existencia de los elementos objetivo y subjetivo conformadores de la costumbre, en un rol similar a cuando comprueba si la o las reglas convencionales han sido debidamente reconocidas por los Estados Partes en el litigio.

⁵ Arts. 92 y 93 de la CNU.

de señalar es que ninguna de las normas particulares sería válida si contraviniera a las normas generales. Estas consideraciones han de ser relevantes a la hora de considerar en la segunda parte los acuerdos multilaterales que contemplan el principio de precaución⁶.

Hemos señalado al inicio que los principios generales del Derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias. La costumbre, que es fuente de derecho incontestable en la doctrina, tiene un *rol* de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta de sistema. Constituye el único medio de formación de las normas (reglas) generales, aplicables al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbre regionales, locales o institucionales⁷. La vocación generalizante de la costumbre permite concebir al Derecho internacional como un conjunto normativo común a todos los sujetos de DI. Se ha solido afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional no hace más que confirmar el carácter incompleto, primitivo de tal derecho. Construcciones jurídicas más perfectas, como el derecho comunitario europeo, dejan poco espacio a la costumbre, al estar en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador.

La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, se caracteriza por el hecho de que su *surgimiento* se da espontáneamente (a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista) como parte de los requerimientos de la vida internacional, sin un acto determinado de nacimiento.

Su *formación* se apoya en la práctica reiterada sin interrupciones en el tiempo, la que lleva a dar a ese comportamiento visos de obligatoriedad⁸. El *elemento objetivo* de

⁶ Ello, sin desconocer que en las últimas décadas, mayoritariamente al influjo consciente o inconsciente de una percepción sociológica postmoderna del “fenómeno jurídico” (particularmente, desde el relativismo, el criticismo y el constructivismo, remozadores de los argumentos sofistas y agnósticos), son frecuentes las afirmaciones que sostienen que las diferenciaciones entre normas generales y particulares no resultan claras, relevantes ni actuales, rechazando la visión racionalista de “lo” público.

⁷ Como las reconocidas por la CIJ en sentencia de 18 de noviembre de 1951 en el *Asunto relativo a las Pesquerías Anglo-Noruegas* (*Recueil 1951*, p.116); en sentencia de 12 de abril de 1960 en el *Asunto relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio* (*Recueil 1960*, p. 39); en dictamen de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* (*Recueil 1971*, p. 22); en dictamen de 8 de julio de 1996 (*Recueil 1996*, p. 70). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre, ya que la *opinio juris* es, por su propia condición, generalizante, tal como ya lo señaláramos.

⁸ La teoría voluntarista hace surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*i.a.* D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G. Tunkin, E. de Vattel). Las teorías no voluntaristas hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superiores a la voluntad de los sujetos comprometidos (*i.a.* R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, H. Kelsen, N. Quoc Dinh, G. Scelle) (Cf. SUR, S. “Sources du droit international”, *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit, T.1, Fasc. 13 (1^o cahier) 3, 1988, p. 6). Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del Art. 38, la que exige que los convenios sean expresamente reconocidos por el Estado involucrado, en tanto, para la costumbre, requiere la prueba de una práctica general. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los mismos están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o no. (Cf. ANDRASSY, J., BAKOTIĆ, B., VUKAS, B. *Međunarodno Pravo*, Skolska Knjiga, Vol. I, Zagreb, 1999, p. 15) Es de observar que con anterioridad al siglo XIX, la doctrina ha hecho referencia a la costumbre como “consentimiento” (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX

la repetición formativa de la costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye.

Constituyen pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, ciertos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional. Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones Internacionales en la construcción de la costumbre. Por nuestra parte, entendemos que debe distinguirse la resolución del órgano (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento del Estado al votar o prestar su consenso al texto de la resolución, constituyendo este último, acto concluyente del sujeto internacional, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia, de conformidad al principio de buena fe⁹.

Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente idéntica a la anterior. Basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes y compatibles con las precedentes. Los actos unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede.

Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio juris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio juris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio juris* es un pseudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hallan inextricablemente unidos¹⁰. La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine*¹¹ ha señalado que la *opinio juris* “se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente asentada y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas preconstituidas *a priori*”. De la motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos, se deriva la *opinio juris*. La *opinio juris* es la *ratio legis* de la práctica¹².

El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento

a la fecha, no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio juris*, si bien en diferentes vertientes. (Cf. STERN, B. “Custom at the Heart of International Law, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 485).

⁹ Por ejemplo, los países socialistas, que reiteradamente han rechazado la inclusión de principios generales del derecho internacional, por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes, explícitamente, los aceptaron en distintas oportunidades, vg.: la formulación del Art. 38 del ECIJ y su precedente ECPJI. Más aún, propugnaron su inclusión en ciertos casos, como es el de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional*. (Res. 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, adoptada por la AG NU por 108 votos, ninguno en contra y 14 abstenciones). (Cf. VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica *Dike*, Medellín-Colombia, 2003, pp. 378-379).

¹⁰ V. HAGGENMACHER, P. “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *RGDIP*, 1986, p.5-125.

¹¹ CIJ, *Recueil 1984*, p. 299.

¹² Cf. SUR, S. *Op. Cit.* “Sources de droit (...)”, Fasc. 13, 2° cahier, p. 2.

subjetivo: obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)¹³.

Frecuentemente, se señalado que buena parte de los acuerdos ambientales multilaterales constituye *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit douce, droit vert, lege ferenda*), de fuerza jurídica similar a las meras declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan normas consuetudinarias (*hard law, droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, lege lata*)¹⁴.

El número de Estados Partes en una convención puede llevar a la costumización de sus preceptos de modo que se torne obligatoria para los Estados no Partes¹⁵. El Art. 38 de las *Convenciones de Viena* sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general reconocida como tal. El Art. 43 de las mismas convenciones dispone que “la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de la (...) Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán, en nada, el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”. Además, debemos tener en cuenta lo expresado por la CIJ en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia /Malta)*: “Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio juris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales pueden tener un importante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo”¹⁶.

El alto número de Estados Partes de numerosos acuerdos ambientales multilaterales que disponen sobre principios generales del derecho internacional ambiental¹⁷ lleva a cuestionarse sobre el valor jurídico de los mismos, más allá de que

¹³ La CIJ, en la sentencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte*, ha expresado: “Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado, la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...). Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan (...)” (CIJ, *Recueil 1969*, p. 44).

¹⁴ Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (*Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de la Naciones Unidas*) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el *Asunto de las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua/Estados Unidos de América)*, ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101).

¹⁵ La costumbre puede, también ser derogatoria de normas convencionales o de otra norma consuetudinaria.

¹⁶ CIJ, *Recueil 1985*, pp. 29-30, para. 27.

¹⁷ A febrero de 2005, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* cuenta con 189 Estados Partes (EP); su *Protocolo de Kyoto* con 136 ratificaciones que cubren el 61,6% de las emisiones; el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* posee 189 EP, su *Protocolo de Montreal* 188 EP, la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* 191 EP; el *Convenio sobre la*

un Estado sea parte o no de él, es decir, como manifestación de norma consuetudinaria. Se podrá objetar que por alto que sea el número de Estados Partes en los acuerdos ambientales multilaterales, ese número no conforma una generalidad, la “comunidad internacional en su conjunto”. Sin embargo, esta última expresión no se refiere a “todos” los miembros de la comunidad internacional sino a los “componentes esenciales” de la misma, los que son representativos de todos los sectores de la comunidad internacional¹⁸, más allá del valor de la oponibilidad según los casos.

Largamente se ha cuestionado en qué momento y cómo una práctica (elemento objetivo) resulta manifestativa de la convicción de obligatoriedad o *elemento subjetivo (opinio juris sive necessitatis)*, conformando una costumbre. El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo (obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho)).

Si bien, los sujetos internacionales pueden impedir bajo ciertas condiciones la formación de una norma consuetudinaria general a través de la manifestación persistente de su oposición a la misma (*regla del objetor persistente*). No obstante no resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general establecida. La CIJ, en sentencia de 20 de febrero de 1969, en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que “las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario (...) no pueden (...) estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio (...)”¹⁹. La CIJ, en la misma sentencia, ha expresado: “Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado con la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...)”²⁰.

En lo que hace a la *condición jerárquica* de la costumbre con relación a otras fuentes, se ha señalado que la costumbre es superior a los *tratados* e independiente de ellos, ya que las mismas convenciones suelen reconocer que tienen la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste. Tal el caso de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, las que establecen en su parte preambular que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no regladas en las disposiciones de

Diversidad Biológica 188 EP; la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* 167 EP, el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* 163 EP, etc.

¹⁸ V. nuestro trabajo “Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General” (*Jus Cogens*). Dimensión Sustancial”, en DRNAS-LERNER (Ed.) *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2002, pp. 665-666. Si bien, el trabajo a que hacemos referencia se refiere al *jus cogens*, la clasificación entre acuerdos o normas generales y particulares no es privativa de ese tipo de normas.

¹⁹ CIJ, *Recueil 1969*, pp. 39-40.

²⁰ CIJ, *Recueil 1969*, p. 44.

la Convención”²¹. Recordamos lo señalado *supra* con relación a nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional y a que la nulidad, terminación, suspensión o denuncia de un tratado no menoscaban el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado²².

II-Principio de Precaución

La primera aplicación del principio cautelar se estima que fue la disposición gubernamental londinense de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James-Londres), a recomendación del médico-investigador John Snow (1854), por relacionar (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) en un área definida de la ciudad con la calidad del agua potable de la bomba ubicada en el sector. Snow hizo presente que el costo potencial de estar equivocado al removerla era menor que el de ignorar la duda.

La diferencia sustancial entre el principio de precaución y el de prevención radica en la certeza del riesgo que importa determinada acción u omisión. La precaución constituye un comportamiento de “buen gobierno”, en principio, de carácter voluntario, llevado adelante en ejercicio del derecho del soberanía e imperio de un Estado u otro sujeto de derecho, el que, en su gestión, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa para el medio ambiente, prefiere limitarla o prohibirla²³, privilegiando las seguridades de lo conocido. A diferencia de la precaución, la prevención (“diligencia debida”²⁴), es un deber de los Estados, verdadero eje de articulación entre el lícito y el

²¹ Similar disposición contienen, entre otros acuerdos internacionales, en sus partes preambulares, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982, etc.

²² Particularmente, es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *jus cogens*, norma imperativa de derecho internacional general, la que se halla en la cúspide del sistema normativo nacional e internacional en base a su contenido. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en sus Arts. 53 y 64, disponen la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. Así, la costumbre conserva el poder de extinguir un tratado. A su vez, el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) establece en su Art. 26 que: “ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)”. En los Proyectos de la CDI, aprobados en 1980 y en 1996, a estas violaciones se las consideraba “crímenes”. Quintiliano Saldaña, ya en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, había señalado que “desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un *delito natural universal* (“La justice pénale internationale”, *RCADIH*, 1925-V, p. 188). Destacamos esta frase por su referencia a “natural” ya que, tal como lo observáramos en otros trabajos, todas las normas imperativas de derecho internacional general con reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, tienen base natural individual (genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra) o colectiva (crimen de agresión), atentando contra las bases mismas de la comunidad internacional (su individuo o su comunidad-sociedad).

²³ Medida que se puede adoptar con relación a una actividad nueva o ya establecida.

²⁴ Obligación de vigilancia y adopción de previsiones con relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios a terceros. Las medidas a adoptar deben poseer una intensidad acorde a las fuerzas en juego.

ilícito internacional, dada la certeza del riesgo que ciertas actividades importan²⁵. En expresión resumida, podemos afirmar que la precaución basa su acción en el riesgo dudoso en tanto la prevención en el riesgo cierto (daño dudoso).

En el caso del principio de precaución, decimos que el comportamiento del sujeto internacional no responde a la idea “diligencia debida”, sino a la idea de “buen gobierno”, por tratarse de una gestión que se adelanta a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, decide limitarla (aún a riesgo de equivocación) para asegurarse de no dar lugar a un eventual daño. No se puede hablar de “obligación” de obrar del sujeto internacional, ya que no existen certezas en torno al riesgo de la acción emprendida o a emprender. Sin embargo, sí existe la obligación de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo. Caso contrario, en caso de daño se habría producido delito de imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la “custodia” de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles. Bien señalan numerosos documentos internacionales que la aplicación de la cautela es un “deber”²⁶, con lo que su no observancia implica violación de norma jurídica, violación de una obligación de comportamiento: tomar debida previsión de los potenciales riesgos y las potenciales consecuencias de los actos. Debe tenerse en cuenta que, de producirse un daño como consecuencia de la falta de cautela, ese daño no será una mera privación de una ventaja o beneficio esperado, sino un perjuicio al medio ambiente, entorno vital insustituible y frecuentemente no reparable en su integridad.

Al señalar que la aplicación del principio de precaución constituye un acto de política interna, indicamos que es una decisión libre, por la cual un Estado o entidad internacional, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina el grado de nivel de protección ambiental a regir en el ámbito bajo su jurisdicción. Cuando decide un nivel alto, frecuentemente priva a ciertos interesados de algún beneficio esperado. La aplicación del PP es una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica. Ello, tiene una doble faz: * al limitar las actividades en invocación de la aplicación del PP; * al minimizar la potencialidad del riesgo, dando

²⁵ En el plano internacional, relevante jurisprudencia define la diligencia debida (prevención) y los estándares de comportamiento mínimo internacionalmente exigibles (base constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales o “derecho interno internacionalmente indispensable”). V. al respecto, la sentencia arbitral de Max Huber en el Asunto relativo a los *Buques Alabama y Florida* (1872); los dictámenes de la CPJI en los Asuntos relativos al *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y a las *Zonas Francas* (1932); el pronunciamiento de la Comisión General de Reclamaciones (EE.UU.-Panamá) en el *Caso Noyes* (1938); la sentencia de 11 de marzo de 1941 del Tribunal Arbitral Mixto en el *Asunto Relativo a la Fundición de Trail*; la sentencia de 9 de abril de 1949 (cuestión de fondo) de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Canal de Corfú*; la sentencia de 24 de mayo de 1980 de la CIJ, en el *Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*; la sentencia de 27 de septiembre de 1997 de la CIJ en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*. (V. nuestros trabajos “La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre la Responsabilidad por Ilícito Internacional y la Responsabilidad por Actos no Prohibidos en Derecho Internacional”, en *Cuadernos de Federalismo* de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, N° XI, 1997; “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”, en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001; “El Principio de Precaución” en *Humanismo Ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba, 2002).

²⁶ V. *infra* los disposiciones de los tratados y los instrumentos internacionales ambientales.

lugar a que un daño se produzca; daño que, de haberse aplicado el PP, no hubiese tenido lugar.

El hecho que la decisión de adoptar una medida preventiva sea un acto libre, voluntario de un sujeto internacional, no quiere decir que pueda ser arbitrario, desproporcionado, inconsistente, discriminatorio o poco transparente. Sin embargo, así como se exige que el PP sea fundado en bases científicas para ser impuesto, también, la falta de aplicación de medida precautoria debe ser fundada en las fuentes científicas disponibles para no dar lugar a la atribución de imprudencia por falta de cautela al desdeñar con ligereza la posibilidad de riesgo.

A diferencia del principio de prevención que puede tener aplicaciones *ex ante* y *ex post* en relación a la producción del hecho dañoso, las medidas precautorias siempre son *ex ante* en tanto responden a las previsiones frente a un potencial riesgo de producción de hechos lesivos, antes de contar con evidencias científicas concluyentes, indubitables, con relación a la peligrosidad o no de las actividades²⁷⁻²⁸.

El PP se aplica en ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos²⁹, no en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. Ello requiere una equilibrada y prudencial percepción del principio. Los criterios de razonabilidad científica suficiente responden a la mejor información pertinente³⁰. Esa exigencia de razonabilidad requiere al decisor revisar las

²⁷ V. nuestro trabajo “El Principio de Prevención”, en REY CARO, R. J. *et al. Derecho Ambiental. Nuevas Tendencias*, Ed. Lerner, Córdoba, 1998.

²⁸ El Juez *Ad Hoc* de la CIJ Raúl Vinuesa, en voto disidente, en el asunto *relativo a las Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales) de 13 de julio de 2006, ha expresado *i.a.*: “ (...) (T)omando en cuenta las pruebas presentadas por ambas Partes, la incertidumbre sobre el riesgo de un peligro inminente o de un daño irreparable está inexorablemente ligada a la actual y futura construcción de las pasteras”. “ (...) (L)o que Argentina ha probado es que la autorización de los trabajos y la actual ejecución de los mismos ha generado una base razonable de incertidumbre sobre los probables efectos negativos de los trabajos”. “Eso exigiría ni más ni menos que la aplicación del principio de precaución, el que indiscutiblemente está en el núcleo del derecho ambiental. En mi opinión, el principio de precaución no es una abstracción o un componente académico de deseable *soft law*, sino una regla de derecho internacional general actual”. “De todos modos, no es necesario, en el presente caso seguir cuestionándose sobre la existencia de una regla general de derecho que comprenda el principio precautorio, dado que dicho principio, sobre base convencional, ha sido incorporado por Uruguay y Argentina en el Estatuto de 1975 con el propósito de proteger el Río Uruguay”. “Como claramente establece el Art. 1 del Estatuto, el objetivo y propósito del mismo fue “establecer un mecanismo conjunto necesario para la utilización óptima y racional del río Uruguay”. “La necesaria participación de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) en el proceso de evaluación de impacto ambiental sobre el río Uruguay, como reconocido recurso natural compartido, en el marco del mecanismo conjunto obligatorio previsto, constituye garantía legal esencial vinculante para una implementación adecuada del referido principio de precaución”. “La existencia de incertidumbre razonable sobre riesgo irreparable al medioambiente del río ha sido reconocida por Uruguay, cuando en las argumentaciones orales relativas a las medidas provisionales, afirmó que no hay una evaluación ambiental final con relación a las pasteras y que la autorización para la construcción de la planta de Celulosa M⁷Bopicuá aún no había sido extendida”.

²⁹ V. SANDS, PH. “L’ Affaire des Essais Nucléaires II (Nouvelle-Zelande c. France): Contribution de l’ Instance au Droit International de l’ Environnement”, *RGDIP*, 1997-2.

³⁰ El peligro debe ser identificado a través de los elementos objetivos, *vg.* biológicos, químicos o físicos aptos para causar daño, debiendo ser caracterizados éstos tanto en términos cuantitativos como cualitativos en base a la naturaleza y severidad de los posibles efectos.

medidas cautelares a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos, no debiendo alegarse limitaciones económicas para justificar demoras en la evaluación de la actividad propuesta o en la revisión de las medidas adoptadas en aplicación del PP. Tampoco cabe alegar razones económicas para justificar la no aplicación de la cautela frente a las invocaciones fundadas de posibles riesgos.

La falta de certeza sobre el riesgo que una actividad puede entrañar³¹ no debe surgir de la falta de disposición para agotar los medios de conocimiento científico existentes.

Precisamente, dada la velocidad de los progresos científicos es que, en el eje mismo del PP, se halla la provisionalidad de las medidas precautorias, las que deben ser revisadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos.

Es de tener en cuenta que, en el caso del PP, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente. Esta inversión de la carga de la prueba ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico³².

Las medidas aplicadas deben ser proporcionadas y coherentes con el grado de riesgo elegido por un Estado para las actividades bajo su jurisdicción. Caso contrario, la medida importaría discriminación con relación a la actividad limitada o prohibida o con relación al interesado en la actividad. En ningún caso las medidas precautorias pueden constituirse en forma encubierta de proteccionismo (una forma de discriminación). A su vez, frente al riesgo dudoso, tanto para la acción como para la omisión, se exige el agotamiento razonable de los medios para alcanzar la certidumbre.

A)-El PP en tratados y otros instrumentos internacionales

En el plano internacional, los primeros documentos que han considerado el comportamiento precautorio han sido: la *Carta Mundial de la Naturaleza*³³ y las *Conferencias sobre Protección del Mar del Norte*³⁴⁻³⁵. Numerosos otros instrumentos

³¹ Generalmente, la falta de certeza científica surge de diferencias científico-metodológicas, entre ellas, la variable elegida, las mediciones efectuadas, la representación de las muestras, los modelos usados, las relaciones de causalidad efectuadas.

³² V. SUNSTEIN, C.R. "Beyond the Precautionary Principle", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, N°3, January, 2003, pp. 1011-1025. También se ha afirmado que el principio es demasiado vago para servir como estándar regulatorio. V. BODANSKY, D. "Scientific Uncertainty and the precautionary Principle", *Environment*, 1991, N° 33, pp 4-5, 43-44.

³³ *AG NU Res. 37/7*, de 28 de octubre de 1982. Este documento establece que "(...) cuando potenciales efectos adversos no son plenamente comprendidos, las actividades no deberían proceder".

³⁴ La *Primera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* (1984), ha expresado con relación a los vertidos de desechos químicos en los océanos, que: "Los Estados no deben esperar a tener pruebas de los efectos peligrosos para tomar acción (...)". Si bien, no ha empleado la palabra "precaución", la misma se halla implícita en la manifestación. La *Segunda Conferencia* (1987) incorporó el término "precaución" en los siguientes términos: "En orden a proteger el Mar del Norte de posibles efectos dañinos de numerosas sustancias peligrosas (...) se hace necesario un acercamiento preventivo, el que puede requerir acción

internacionales, de modo expreso o tácito, se han ocupado del PP. Entre ellos se destacan:

*-El *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985), el que si bien no utiliza la palabra precaución en la parte normativa ni establece reglas precisas autoejecutorias, es un ejemplo claro de compromiso internacional en base al principio precautorio en tanto, a la fecha de adopción del Convenio no había base científica suficiente que avalara las teorías sobre los riesgos que implicaban los cambios en la capa de ozono³⁶. A pesar de lo señalado, el Preámbulo hace referencia al “impacto *potencialmente* nocivo de la modificación de la capa de ozono” y a “las medidas de precaución” que ya han sido adoptadas en el ámbito nacional e internacional. Además, el Art. 2.1 está imbuido del espíritu de cautela:

“Las Partes tomarán las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos en vigor en que sean parte, para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o *puedan modificar* la capa de ozono”³⁷⁻³⁸.

*-La *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992), 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”³⁹.

*-La *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992) dispone en su Art. 3.3:

consistente en el control de los vertidos de tales sustancias incluso antes de que el lazo causal haya sido establecido por una absolutamente clara evidencia científica”. La *Tercera Conferencia* (1990) hizo referencia al “principio de precaución”: “Los participantes (...) *continuarán* aplicando el principio precautorio, consistente en adoptar medidas para evitar impactos potencialmente perjudiciales de las sustancias que son persistentes, tóxicas y bioacumulables, incluso cuando no haya evidencia científica para probar una relación causal entre las emisiones y los efectos”. (El resaltado nos pertenece).

³⁵ La primera inclusión jurídica del contenido preceptual de la precaución a nivel nacional ha sido la incorporada en Alemania con la designación de “Vorsorgeprinzip” en el *Umweltsprogram der Bundesregierung* (1971) y en la *Bundesimmissionsschutzgesetz* (1976) (§5, para. 1, n° 2). Posteriormente, numerosos Estados han incorporado al PP a su derecho interno, entre ellos, Australia, Canadá, Islandia, Nueva Zelanda, Sud África, Israel, etc.

³⁶ V. nuestro trabajo *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales*, La Ley, Córdoba, 2001.

³⁷ El resaltado nos pertenece.

³⁸ El *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono* (1987), en su preámbulo, tras recordar la obligación ya enunciada en el Art. 2.1 del Convenio de Viena, hace referencia a la “*posibilidad* de que la emisión de ciertas sustancias (...) pueda agotar (...) la capa de ozono y modificarla, con *posibles* efectos nocivos en la salud y el medio ambiente”. (Los resaltados nos pertenecen).

³⁹ El resaltado nos pertenece.

“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 (...)”.

*-La *Convención sobre la Diversidad Biológica* (1992), en parte preambular, expresa:

“(C)uando 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”.

El *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2000), en su preámbulo, reafirma el “enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo” y toma en consideración la “rápida expansión de la biotecnología moderna y de la creciente preocupación pública sobre sus *posibles efectos adversos* para la diversidad biológica”⁴⁰.

Entre numerosos otros documentos que han contemplado el principio de precaución, el enfoque precautorio o la acción precautoria en forma directa, podemos recordar los siguientes: **Informe del Consejo de Gobierno del PNUMA de 1989*⁴¹; **Recomendación 89/1* (22 de junio de 1989) de los Estados Partes en la *Convención de París para la Prevención de la Contaminación Marina por Fuentes Continentales*; **Declaración de la Conferencia sobre Polución de los Mares del Consejo Nórdico* (18 de octubre de 1989); * *Texto sobre Protección de los Océanos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (1991)⁴²; **Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Durable de la Región* (16 de mayo de 1990)⁴³; **Recomendación C(90)164 del Consejo de la OCDE sobre Prevención y Control Integrado contra la Polución de 1991*; * *Convención de Bamako sobre Desechos Peligrosos en África de 1991* (Art.4); **Convención sobre el Noreste Atlántico de 1992* (Art. 2), **Convención sobre Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales de 1992* (Art. 2), **Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Mar Báltico de 1992* (Art. 3.3); **Convención de Oslo y París para la*

⁴⁰ El resaltado nos pertenece.

⁴¹ UN DOC A44/25 (1989).

⁴² UN DOC A/CONF.151/PC/100 Add. 21 (1991).

⁴³ También el ámbito comunitario europeo, se dispuso la cautela con relación al tratamiento de las aguas residuales urbanas, con relación a la política pesquera, a la seguridad alimentaria, a la registración, evaluación, autorización de productos químicos, etc. Ello, a más de haberse incorporado al PP al tratado constitutivo de la Comunidad Europea (juntamente con el de prevención) ya en 1986 (*Acta Única Europea*).

*Protección del Medio Marino en el Noreste Atlántico de 1992 (Art. 3); Agenda 21 de 1992 (para.17.21); *Declaración Ministerial sobre la Protección del Mar Negro (1993); *Convención sobre la Conservación y Administración de los Recursos en el Mar de Bering Central de 1994 (Anexo Parte I b); * Convención de Barcelona para la Protección de Medio Marino y de las Regiones Costeras del Mediterráneo de 1995 (Art. 3); *Acuerdo para la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativo a la Conservación y Manejo de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias de 1995 (Art. 5. c), Art. 6); * Protocolo a la Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación Marina por Vertido de Desechos y otras Materias de 1996 (Art. 3.1); * Código de Conducta de Pesca Responsable de la FAO (1995); * Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur-Acuerdo de Galápagos de 2000 (Art. 5); *Convención sobre la Conservación y Manejo de las Especies Altamente Migratorias en el Océano Pacífico Oeste y Central de 2000 (Art.5 y 6); * Comunicación sobre el Principio de Precaución de la Comisión de la UE (2 de febrero de 2000); *Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur de 2001(párrafo quinto del preámbulo); etc.⁴⁴.*

Más allá de que en los instrumentos citados se haga referencia a “política precautoria”, “enfoque precautorio”, “criterio precautorio”, principio de precaución” o otra expresión, aspecto sobre el que la doctrina ha buscado profundizar, entendemos que la designación no afecta la costumización del “acto cautelar”. Bien se ha expresado la *Tercera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte* la hacer referencia a la “continuación” de la aplicación del “principio precautorio”, a pesar de no haber usado en los documentos de la Primera Conferencia la palabra “precaución” (menos a “principio de precaución”) y en la Segunda Conferencia haber empleado la locución “enfoque preventivo”.

B)-Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de PP

La jurisprudencia internacional más destacada con relación al PP se centra en los siguientes casos: *Pruebas Nucleares* (Corte Internacional de Justicia, 1995), *Gabčikovo-Nagymaros* (Corte Internacional de Justicia, 1997), *Bifes con Hormonas* (OMC Órgano de Apelación, 1997), *Productos Agrícolas* (OMC Órgano de Apelación, 1998), *Southern Bluefin Tuna* (Tribunal Internacional de Derecho del Mar, 1999), a más de algunos casos ventilados ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el asunto *Pruebas Nucleares*, Nueva Zelanda invocó la obligación de Francia de proveer evidencia de que las pruebas nucleares subterráneas no implicaban la introducción de tales materiales en el medio ambiente, de conformidad al PP, “principio ampliamente aplicado en el derecho internacional contemporáneo”⁴⁵. El Juez Palmer, en opinión disidente, señaló que tanto el PP, como el requerimiento de evaluación de

⁴⁴ V. nuestro trabajo “Environmental Precautionary Principle (Particular Reference to Law of the Sea)”, *Annals of Maritime Studies*, 2004-42 .

⁴⁵ Sentencia de 22 de septiembre de 1995, en el asunto *Solicitud de Examinación de la Situación de Conformidad con el Párrafo 63 de la Sentencia de la Corte de diciembre de 1974 en Pruebas Nucleares*, CIJ, *Recueil* 1995.

impacto ambiental debían ser llevados adelante “cuando las actividades pueden tener un efecto significativo en el medio ambiente”. Por su parte, el Juez Weeramantry, también en opinión disidente, consideró que el PP se estaba convirtiendo en “parte del derecho internacional del medio ambiente”. Ambos Jueces han asignado un valor de norma consuetudinaria al principio.

En el asunto *Gabčikovo-Nagymaros*, en sentencia de 25 de septiembre de 1997⁴⁶, la Corte Internacional de Justicia, recordó en el párr. 50 lo expresado en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares*⁴⁷ con relación a que “el medio ambiente no es una abstracción” y que existe la “obligación general de los Estados” de *asegurarse* que las actividades llevadas adelante bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio más allá de sus fronteras⁴⁸. En el párr. 113, la sentencia expresó que la Corte “reconocía que ambas partes eran contestes en la necesidad de considerar las cuestiones ambientales con seriedad y de adoptar las medidas precautorias convenientes (...)”. En el párr. 140, hizo presente que causas económicas y otras constantemente interfieren con la naturaleza y señaló que “la necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente es bien expresada en el concepto de desarrollo sustentable”.

En el asunto relativo a las *Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay). Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales*, la Corte Internacional de Justicia, en ordenanza de 13 de julio de 2006, ha reconocido la necesidad de “proteger el medioambiente natural y, en particular, la calidad del agua del Río Uruguay” y recordólas ocasiones en las que en el pasado la Corte destacó la gran importancia del respecto al medioambiente (párr. 72)⁴⁹.

El Órgano de Apelación de la OMC en el *Asunto Hormonas* reconoció que los Miembros “tienen derecho a establecer su propio nivel de protección sanitaria, el que puede ser superior (*i.a.* más cauteloso) que el contenido en los estándares, directrices y recomendaciones internacionales”⁵⁰.

El Órgano de Apelación de la OMC en el *Asunto Productos Agrícolas* clarificó los requerimientos necesarios para adoptar y mantener medidas provisionales cautelares. Entre ellas, señaló que las medidas debían ser: *impuestas en situaciones en que la información científica es insuficiente; *adoptadas sobre la base de la información pertinente disponible; * establecidas caso por caso por tiempo razonable⁵¹.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el *Asunto Southern Bluefina Tuna (Solicitud de Medidas Provisionales)*, en ordenanza de 27 de agosto de 1999, ha hecho lugar al pedido de medidas provisionales precautorias efectuado por Nueva Zelanda y Australia. Ambos países solicitaron al Tribunal ordenar el cese inmediato de la pesca experimental unilateral del atún de referencia por parte de Japón, “de

⁴⁶ ICJ, *Recueil* 1997.

⁴⁷ CIJ, *Recueil* 1996, pp. 241-242, párr. 29.

⁴⁸ Esta manifestación amplia abarca el riesgo dudoso.

⁴⁹ V. *supra*, Nota 28.

⁵⁰ OA-1997-4, párr. 124.

⁵¹ OA-1998-8, párr. 89.

conformidad al principio precautorio”. El Tribunal ha señalado en el párr. 77 que “las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurar la adopción de efectivas medidas de conservación para prevenir un serio daño a los stocks del atún. Asimismo, efectuó consideraciones sobre la falta de certidumbre científica en lo que hace a medidas de conservación del stock, como también en lo que hace a la falta de convenio en la materia (párr. 79). A pesar de no poder evaluar la evidencia científica aportada por las partes, la Corte decidió adoptar las medidas provisionales como cuestión de urgencia para preservar los derechos de las partes y evitar mayor deterioro al stock de atún (párr. 80). Las opiniones separadas del Juez Laing y del Juez *ad hoc* Shearer señalan que los párrafos citados precedentemente tienen significación particular e implican la aplicación del principio precautorio, aun cuando el Tribunal no hubiese tenido necesidad de citarlo expresamente. Además, el Juez Shearer ha entendido que en base a la práctica y la *opinio juris* hay bases suficientes para considerar que el PP se ha transformado en norma consuetudinaria bien establecida (párr. 12 y párr. 8 respectivamente).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido oportunidad de considerar al PP de precaución, en varias oportunidades, *vg.*: En el caso *Danish Bees*, en el cual ha considerado que, en ausencia de evidencia científica, las medidas de preservación de una especie animal autóctona contribuían al mantenimiento de la biodiversidad (C-67/97 (1998)). En el caso de *Productos modificados genéticamente*, sostuvo que los Estados Miembros poseen el derecho de denegar permiso a la introducción de alimentos genéticamente modificados (C-6/99 (2000)). En los casos C-157/96 y C-180/96 (sentencias de 5 de mayo de 1998 relativas a la enfermedad de las vacas locas) el Tribunal ha señalado: “Cuando hay incertidumbre sobre la existencia o extensión de los riesgos sobre la salud humana, las instituciones pueden adoptar las medidas protectivas que crean convenientes sin tener que esperar a que la realidad o seriedad de esos riesgos se vuelva puramente aparente” (Fundamentos: p. 99). En similar sentido se pronunció en los asuntos T-199/96 del Tribunal de Primera Instancia (cremas solares y productos bronceadores-sentencia de 16 de julio de 1998); T-70/99 (transferencia de la resistencia a los antibióticos del animal al hombre-ordenanza de 30 de junio de 1999)

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 (*Asunto C-183/95, Affish BV / Rijksdienst voor de keuring 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 admiten prueba en contrario (*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).

Reflexiones finales

En todos los instrumentos internacionales que hemos considerado y que incluyen el PP, resulta evidente que las Partes no han puesto de manifiesto intereses o

conveniencias particulares, sino un interés común, superior, cuyo desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

El carácter general de ese interés común se ve potencializado por el alto número de EP⁵² con que cuentan los principales acuerdos ambientales multilaterales que contemplan el PP y que llevan a la costumización de las normas convencionales.

Si bien, el principio de precaución ha sido considerado por algunos - predominantemente desde el plano de incumbencias particulares- un elemento paralizante, meramente intuitivo, acientífico, entendemos que se trata de un principio eje para la realización del desarrollo sostenible, durable, con responsabilidad intergeneracional, que impone el accionar criterioso, el que desde la “certeza de la incertidumbre”, prefiere postergar beneficios y no correr el riesgo de un eventual daño al medio ambiente. Esta postura cautelar se torna cada vez más necesaria frente a la vulnerabilidad del planeta, vulnerabilidad creciente puesta en evidencia por las cada vez más frecuentes y graves catástrofes naturales que se sufren en el planeta.

A pesar de que la condición jurídica del PP aún carece de consenso pleno, no es posible negar que existe una obligación de comportamiento para los Estados de naturaleza *erga omnes*: estar permanentemente alerta frente al peligro que implica desdeñar los potenciales riesgos de determinadas actividades.

RESUMEN

Los principios generales del Derecho internacional ambiental (vg.: prevención, precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio común, multiactoralidad) constituyen normas consuetudinarias del Derecho internacional, que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su raíz a principios generales del derecho. En este trabajo, nos ocupamos del principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de

⁵² Especialmente, si se tiene en cuenta que las Naciones Unidas cuentan con 191 Estados Miembros.

los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente; eje del desarrollo sostenible.

ABSTRACT

The general principles of the environmental international Law (Vg: prevention, precaution, sustainability, cooperation, subsidiary action, common patrimony, multiactoral participation) constitute customary norms of the international law, that can be expressed in conventional norms and to be connected in their root to general principles of law. In this work, we took care del precaution principle, being the one that has given rise to greater discussions on its nature and significance and being one of most critical to the light of the global changes of our time; point of flexion of highest sensitivity at the time of defining the limits of the scientific and technological developments and the relation between commerce and atmosphere; axis of the sustainable development.

Palabras clave

Principio de precaución-principios generales del derecho-normas consuetudinarias
Precautionary principle-general principles of law-customary norms