

DERECHO AMBIENTAL: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

CARLOS ANDALUZ WESTREICHER
PROFESOR DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA,
Y DE DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Sumario: Introducción 1.- Antecedentes 2.- ¿Es realmente un principio de derecho? 3.- Elementos y requisitos para su aplicación: 3.1.- El peligro de daño debe ser grave o irreversible 3.2.- Debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios consistentes de amenaza 3.3.- Debe involucrar un análisis costo – beneficio de la acción versus la falta de acción 3.4.- Las medidas deben ser proporcionales 3.5.- Las medidas no deben ser discriminatorias 3.6.- Las medidas son provisionales y variables 4.- El principio precautorio en el Derecho peruano.

Introducción

Es universalmente aceptado en el Derecho Internacional y también en los respectivos derechos internos, que ante un riesgo de daño al ambiente, científicamente comprobado, deben tomarse las medidas necesarias para conjurarlo. A esto se ha denominado Principio de Prevención, pilar que sostiene toda la normativa ambiental, en el entendido que las afectaciones graves al ambiente, en muchos casos, tienen consecuencias irreversibles; por eso sus normas tienen un énfasis preventivo antes que reparador. Aplicaciones prácticas de este principio en el Derecho Ambiental son la exigencia de Estudios de Impacto Ambiental, previa a su autorización, para todas aquellas actividades que por su riesgo ambiental, pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del ambiente¹; así como el monitoreo ambiental o la facultad de inspección de que está investida la autoridad ambiental.

Sin embargo, las intervenciones humanas en el ambiente, como producto de los grandes adelantos tecnológicos producidos principalmente a partir de 1950, entrañan una complejidad tal que, en muchos casos, no resulta posible tener certeza científica acerca de los ries-

gos o probables daños al ambiente que estas actividades provocarían. La respuesta jurídica a estas situaciones es el Principio Precautorio, el mismo que exige la adopción de medidas para evitar el daño ambiental, aún cuando exista incertidumbre científica sobre la real dimensión de los efectos de la actividad en el ambiente.

1. Antecedentes

Hay referencias acerca del origen germano de este principio, donde ha transitado desde la doctrina hasta el derecho positivo, constituyendo en la actualidad el principio más importante de la política ambiental alemana.²

Pero el primer instrumento de Derecho Internacional de alcance mundial que lo recoge explícitamente es la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), cuyo **Principio 15** reza: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución **conforme a sus capacidades**. Cuando haya peligro de **daño grave o irreversible**, la falta de certeza científica **absoluta** no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces **en función de los costos** para impedir la degradación del medio ambiente”³.

Al nivel de instrumentos vinculantes globales, el artículo 3º de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), referido a los principios, en su numeral 3), establece: “*Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de **daño grave o irreversible**, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces **en función de los costos** a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible.* (...)”⁴.

Asimismo, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) consigna: “*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 la amenaza*”⁵.

La declaración de la Novena Conferencia de las Partes (Fort Lauderdale, noviembre de 1994) de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Sil-

vestres – CITES, proclama que “*en virtud del Principio Precautorio, en casos de incertidumbre, las Partes actuarán en el mejor interés de la conservación de las especies al considerar propuestas para enmiendas de los Apéndices I y II*”⁶.

Más recientemente, el principio ha sido defendido por el Protocolo de Bioseguridad de Montreal (1999), que sugiere que si, al usar el principio precautorio, cualquier país considera que la evidencia de riesgo de organismos genéticamente modificados (OGM) es demasiado grande, el país no puede ser obligado a aceptar el OGM⁷.

Como instrumentos de Derecho Público regional, tenemos para la Unión Europea el Tratado de Maastricht (1993), que en su artículo 130R introdujo el principio precautorio para el Derecho Ambiental de la Unión. Este dispone que la política de la Comunidad sobre el medio ambiente “*debe estar basada en (...) el principio precautorio*”. El enfoque europeo sobre este principio es expansivo en lugar de limitante, pues aunque el Tratado de Maastricht menciona el principio precautorio sólo en el campo de la protección ambiental; por aplicación del principio de integración consagrado en el artículo 6 del Tratado de la Comunidad Europea, el ámbito de la precaución ha sido ampliado para abarcar otros sectores como la salud humana⁸.

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985) no explicita en su texto el principio precautorio, pero de hecho constituye el mejor ejemplo de su aplicación, ya que cuando se celebró no existía absoluta certeza científica acerca de las dimensiones del daño sufrido por la capa de ozono, las consecuencias del mismo, ni de la vinculación causa efecto entre tal daño y todos los agentes responsables (clorofluorocarbonos –CFC– y los halones); no obstante, sí habían indicios consistentes proporcionados por investigadores que publicaron sus resultados a partir de 1969. Sobre la base de estos indicios se negoció el Tratado y, conforme tales indicios iban ganando mayor respaldo científico, se fue también acelerando el cumplimiento de los fines del Convenio, a través de su Protocolo de Montreal (1987), y las Enmiendas a éste aprobadas en Londres (1990), Copenhague (1992) y Viena (1995); respectivamente.

2. ¿Es realmente un principio de derecho?

Hay un importante sector de la comunidad internacional que cuestiona su

calidad de regla de derecho internacional consuetudinario o de principio general del derecho. Estados Unidos ha negado que el principio represente el derecho internacional consuetudinario y, en ese contexto, ha sugerido que es más un “*enfoque*” que un principio. El Departamento de Estado de los EE.UU. bajo la administración de los Presidentes Bush, Clinton y Bush, respectivamente, han mantenido férreamente esta postura.

Canadá comparte este punto de vista, aunque reconoce que “*es un principio emergente de derecho reconocido por las naciones civilizadas*”⁹.

Hay quienes, para negar su calidad de regla consuetudinaria y de principio, afirman que no es más que “*una forma de abordar la incertidumbre*”, significa que “*de haber incertidumbre técnica debemos tomar en consideración la cautela*”, y eso son palabras sencillas de sentido común, y no hay ningún bagaje ni superestructura conectadas a ellas. Es decir, “*sólo significa que debemos aplicar la debida cautela a la luz de nuestros conocimientos, y eso es lo que todo el mundo hace todos los días de su vida*”¹⁰. En otros términos, no sería más que actuar con la debida prudencia, como al cruzar una calle; si esperásemos a tener plena certeza de que nada nos pasará, dicen, nunca cruzaríamos.

Discrepamos de esta percepción, ya que la aplicación del principio precautorio no sólo supone falta de certeza científica, sino que debe contarse con indicios razonables de un potencial riesgo. No es lo mismo abstenerse de cruzar la calle por temor a que nos caiga un meteorito (absoluta incertidumbre acerca de lo que sucederá en el entorno) que no cruzarla porque el asfalto nos parece inestable (indicio razonable de riesgo).

Además, como veremos más adelante, la aplicación de este principio va más allá de la mera prudencia recomendable como rectora de nuestros actos, es más bien, orientador de todo componente de la gestión ambiental, siempre que se den los elementos que configuran el principio.

Por lo demás, actuar con prudencia o cautela ante el desconocimiento de las proporciones que pueda revestir en términos de riesgo o daño ambiental una actividad concreta, o darle un *enfoque cauteloso*, en modo alguno contradice la existencia del principio precautorio; por el contrario, es actuar conforme a tal principio.

Muchos de los instrumentos inter-

nacionales reseñados lo consignan expresamente como principio, de ahí que parecería ociosa la demostración de que efectivamente lo es; no obstante, al haber voces discrepantes y en el entendido de que en Derecho las cosas se tienen por su esencia antes que por la denominación utilizada, vale la pena abundar en ello.

Los Principios Generales del Derecho “*Son conceptos o proposiciones, de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, (...) y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no estén no es óbice para su existencia y funcionamiento*”¹¹.

Como tal, sirven de inspiración al legislador, para la interpretación normativa aclarando el sentido de la ley o imputándole contenido valorativo¹².

En tal sentido, el principio precautorio se enmarca en estos supuestos y, por lo mismo, es orientador de la política, el derecho y la administración ambientales. Debe entonces estar implícito en el diseño y ejecución de planes, programas, estrategias, en los actos de gobierno y en el ejercicio de la función pública. Obviamente es inspirador de la normativa ambiental y sirve para interpretar las normas o aplicar derecho en ausencia de éstas.

3. Elementos y requisitos para su aplicación

La invocación del principio no es arbitraria ante cualquier situación de incertidumbre científica, el análisis conjunto de los instrumentos internacionales citados y su naturaleza misma, nos permiten extraer los elementos fundamentales que lo configuran.

3.1. El peligro de daño debe ser grave o irreversible

No se trata pues de cualquier tipo de impacto ambiental negativo, son actividades que nos confrontan con posibles situaciones límite de las que, muchas veces, no hay retorno, como la extinción de alguna especie, hábitat o ecosistema; o la interrupción, alteración o modificación de los procesos ecológicos esenciales. Todo lo cual pone potencialmente en severo riesgo el equilibrio de los hábitat, los ecosistemas o la propia biosfera.

3.2. Debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios con-

sistentes de amenaza

Si bien se carece de certeza científica absoluta, debe contarse con indicios sólidos sobre la base de información científica consistente, que lleve a la elaboración de una hipótesis acerca de un riesgo potencial de carácter grave o irreversible.

En ese sentido, cualquier interpretación que de modo simplista describa cualquier cambio en el ambiente como necesariamente dañino no puede ser aceptable.

Tal es el caso de la liberación al ambiente de las sustancias que agotan la capa de ozono y, consiguientemente, nos exponen a los mortales efectos de los rayos ultravioleta. Como se ha dicho, hoy tenemos certeza científica del vínculo de causalidad entre los agentes - CFC, halones - y el daño a la capa de ozono, pero afortunadamente se adoptaron medidas cuando tal certeza absoluta no existía.

Un caso que recientemente viene siendo objeto de preocupación es la introducción de organismos vivos modificados, por sus probables implicancias en la salud (alergias, efectos cancerígenos, resistencia a antibióticos) y en el ambiente (desplazamiento por desuso de variedades locales adaptadas y, eventualmente, su extinción; incorporación por cruzamiento entre especies emparentadas de genes a malezas que las hagan más resistentes o a plantas silvestres); habiéndose reconocido por la Corte de Justicia Europea, al amparo del principio precautorio, que un Estado Miembro tiene el derecho a restringir provisionalmente o prohibir el comercio de un OGM dentro de su territorio¹³.

En la Unión Europea, donde el principio precautorio no es considerado un mero principio emergente sino una norma legal vinculante, hay abundante aplicación jurisprudencial de este principio. Así por ejemplo, la Corte de Justicia Europea, en los casos relativos a la Encefalopatía Bovina Espongiforme ("enfermedad de las vacas locas"), ha extendido el concepto más allá del tema ambiental, estableciendo que las medidas precautorias adoptadas para proteger a los humanos de los riesgos potenciales del EBE fueron efectivos y adecuados, a pesar de que los demandantes reclamaban que la decisión de la Comisión no estuvo basada en la ciencia y era desproporcionada¹⁴.

Un caso más cercano es el de Chile,

donde la Fundación Sociedades Sustentables junto a la Asociación de Agricultores Orgánicos de Chile - Tierra Viva -, ambos representados por el Centro Austral de Derecho Ambiental, han ganado una demanda presentada contra el Servicio Agrícola y Ganadero; obteniendo que se les brinde información sobre las modificaciones genéticas, las compañías involucradas y la ubicación exacta de los cultivos transgénicos, bajo el argumento que la liberación al ambiente de tales cultivos involucra graves riesgos aún no plenamente estudiados ni cuantificados.¹⁵

3.3. Debe involucrar un análisis costo - beneficio de la acción versus la falta de acción

Las medidas que se adopten para conjurar o mitigar los potenciales riesgos se adoptarán previa evaluación del impacto en términos económicos, sociales, ambientales y de salud. Es decir, debe evaluarse en cada uno de estos campos los costos y los beneficios que supondría aplicar tales medidas prohibitivas o restrictivas; así como los que se derivarían de la inacción.

En ello está implícito que la restricción o prohibición de actividades potencialmente riesgosas no debe suponer afectaciones a bienes superiores. Un caso que permite entender esta dimensión es el reclamo que los países del Sur de África (Zimbabwe, Namibia y Botswana) han realizado en la COP - 9 de CITES respecto al traslado de sus poblaciones de elefantes del Apéndice I (que prohíbe completamente el comercio de especies listadas) al Apéndice II (que permite el comercio dentro de parámetros especificados); mientras CITES ha establecido que en aplicación del principio precautorio los elefantes deben seguir en el Apéndice I, estos países alegan que los temas de la sostenibilidad y bienestar humano necesitan ser colocados en primer plano. El reclamo entonces parece ser que CITES no ha realizado un adecuado análisis costo - beneficio, pues una saca controlada de elefantes contribuiría a solucionar los agudos problemas económicos, y por ende sociales, de las comunidades que comparten territorio con la población de esta especie.

3.4. Las medidas deben ser proporcionales

Las medidas deben ser equiparadas con el nivel de protección deseado. Así, en ciertos casos una prohibición total sería la única respuesta posible; en otras situaciones medidas menos radicales resultarían más apropiadas, como por

ejemplo exigir mayor investigación o informar al público de manera inequívoca acerca de los posibles riesgos.

3.5. Las medidas no deben ser discriminatorias

Las medidas deben ser aplicadas por igual ante situaciones similares, debe evitarse a toda costa su utilización injusta, por ejemplo, como barrera comercial bajo el pretexto de protección ambiental.

3.6. Las medidas son provisionales y variables

Las medidas deben estar sometidas a revisión científica y si de tal examen se concluye que el peligro de daño no es grave o irreversible, la prohibición o restricción debe ser levantada o, en su caso, modificada. De igual modo, si los indicios sustanciales indican un riesgo mayor, la adopción de medidas más severas se hará en consecuencia.

4. El principio precautorio en el Derecho peruano

El artículo 1° numeral 5) del CMARN (8.septiembre.1990), dispone que para el diseño, formulación y aplicación de la política ambiental se debe "*observar fundamentalmente el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales*".

La alusión a la "*eliminación de posibles daños ambientales*" nos confronta con una incertidumbre acerca del probable daño, lo que nos permite colegir una embrionaria presencia del principio de precaución, aún cuando el artículo no contempla los elementos definitorios del mismo.

La Ley N° 26839, sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (16.julio.1997), dispone en su artículo 1° "(...). Los principios y definiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica rigen para los efectos de aplicación de la presente ley". Lo cual, desde luego, incluye el principio precautorio.

Hay también un desarrollo implícito del principio en el artículo 29°, al establecer que: "*Mediante norma legal expresa, se establece el procedimiento de acceso a los recursos genéticos o a sus productos derivados. Podrán establecerse limitaciones parciales o totales a dicho*

acceso, en los casos siguientes:

- c. *Efectos adversos de la actividad de acceso sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos;*
- d. *Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre las especies y los ecosistemas;*
- f. *Regulaciones sobre bioseguridad;*"

La Ley N° 27104, Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología (12.mayo.1999), en consonancia con lo dispuesto por el artículo 30° de la Ley N° 26839¹⁶, regula el principio en los artículos 10° a 12°.

El artículo 10° dispone: "El Estado, a través de sus organismos competentes, evaluará los impactos negativos a la salud humana, al ambiente y a la diversidad biológica, que ocasione la liberación intencionada de un determinado organismo vivo modificado (OVM) y, de existir amenazas, será desautorizada su liberación y uso, siempre que dicha medida sea técnicamente justificable y no constituya obstáculo técnico o restricción encubierta al comercio".

El artículo 11° añade: "Cualquier OVM cuya utilización haya sido observada o rechazada por las autoridades competentes en otro país, no será admitido; la solicitud será denegada de pleno derecho y prohibida su utilización dentro del territorio nacional. Tampoco deberán admitirse aquellos OVM que no hayan sido probados en otro país y que, por lo tanto, exista un eventual riesgo en su uso.

Para tal efecto, la información pertinente será remitida a las Autoridades Aduaneras Nacionales a fin de que tomen las previsiones necesarias".

El artículo 12° agrega: "Se prohíbe el empleo de OVM en armas biológicas, en prácticas nocivas al ambiente y a la salud humana".

La doctrina no es uniforme acerca de quien debe tener la carga de la prueba sobre el peligro de daño, hay quienes se inclinan porque pese sobre aquél que se opone a la actividad; otros piensan que le corresponde a quien pretende llevar a cabo una actividad probar que ésta no entraña un peligro para el

ambiente; finalmente, hay quienes estiman que no debe establecerse una regla general acerca de la carga de la prueba, sino que en cada caso se evaluará a quien le corresponde probar.

Si bien el artículo 10° no hace referencia expresa a la carga de la prueba, siguiendo la sistemática de las normas sobre protección ambiental, que se basan en acciones *ex ante*, debemos entender que ésta corresponde a quien pretenda liberar un OVM, limitándose el Estado a evaluar los impactos negativos en base a la prueba aportada y a emitir un pronunciamiento acerca del peligro o no de daño.

El artículo 11°, sin embargo, consagra una presunción de peligro para el ambiente cuando el OVM ha sido observado, rechazado o no fue probado en otro país.

Comentario aparte merece la expresión "liberación intencionada", pues podría entenderse que la liberación sin intención de un OVM peligroso para el ambiente, la salud o la biodiversidad no está regido por el principio precautorio, con lo cual se estaría amparando la liberación negligente de organismos transgénicos peligrosos. Aludir a la intención es absurdo, ya que la protección se basa en el riesgo que la actividad entraña y no en la intención de quien la realiza, la actitud de quien pretende liberar un OVM puede ser malévol o bien intencionada, sin que ello deba influir en la adopción de medidas.

Cuando el artículo 10° refiere "siempre que dicha medida sea técnicamente justificable y no constituya obstáculo técnico o restricción encubierta al comercio", está aludiendo a que debe haber incertidumbre científica y, correlativamente, indicios consistentes de amenaza; y, además, que las medidas no deben ser discriminatorias.

El D.S. N° 022-2001-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del CONAM (8.marzo.2001), en su artículo 10° dispone que: "(...) El sustento de la Política y de sus instrumentos lo constituyen los siguientes principios:

- e. *La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta (sic) no deberá utilizarse*

como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente".

Siendo el CONAM el ente rector de la Política Nacional del Ambiente, y dado que las normas que recogen el principio precautorio no tienen un tratamiento uniforme, ni configuran la totalidad de los elementos que lo integran, ni resuelven explícitamente a quién corresponde en cada caso la carga de la prueba; era de esperarse que el artículo 10° inciso e) trate todos estos aspectos. Lejos de ello, incurre en omisión al referir que configure el principio la adopción de medidas ante "la falta de certeza absoluta", cuando en realidad es ante la falta de certeza científica.

El D.S. N° 102-2001-PCM, Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica del Perú (5.septiembre.2001), en el rubro referido a "Principios de la Estrategia" refiere: "Para conservar, usar y distribuir equitativamente los beneficios de la Diversidad Biológica hacia el desarrollo sostenible, la Estrategia se basa en los siguientes principios:

Principios rectores

El criterio de precaución, conforme a lo establecido por el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es parte de la política de desarrollo nacional".

Por último, el D.S. N° 014-2001-AG, Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (9.abril.2001), en su artículo 1° dispone: "Son principios orientadores de la actividad forestal y de fauna silvestre: (...) i) El principio precautorio"

El Artículo 3° numeral 3.67 define el principio precautorio como: "Medidas tendientes a evitar o mitigar anticipadamente daños al ecosistema, amenaza de reducción importante o pérdida de diversidad biológica, como consecuencia de prácticas u omisiones en el aprovechamiento y manejo de los recursos forestales y de fauna silvestre. No podrá invocarse la falta de certidumbre científica como argumento para aplazar tales medidas".

La norma hace un desarrollo de lo que juzga daño grave o irreversible y clarifica que las medidas restrictivas o prohibitivas obedecen a acciones u omisiones.

Notas

¹ Artículo 51° del Decreto Legislativo N° 757, que sustituyó al texto del artículo 8° del CMARN.

² Vera Esquivel Germán. *Negociando Nuestro Futuro Común*, El derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral del Nuevo Milenio, Lima, IDEA – PUCP / Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 156 – 157.

³ Adoptado como instrumento no vinculante por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro en junio de 1992.

⁴ La Convención ha sido aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26185 del 13 de mayo de 1993.

⁵ La Convención ha sido aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26181 del 12 de mayo de 1993.

⁶ La Convención ha sido aprobada mediante D.L. N° 21080.

⁷ Christensen, Mark. El Principio Precautorio y los OGM: Una Perspectiva Australiano – Asiática, en Boletín de la UICN – Programa de Derecho Ambiental, N° 1, Bonn, Centro de Derecho Ambiental, 2001, p. 5.

⁸ Francescon, Silvia. El Principio Precautorio en la Unión Europea, en Boletín de la UICN – Programa de Derecho Ambiental, N° 1, Bonn, Centro de Derecho Ambiental, 2001, p. 14.

⁹ Francescon, Silvia. Op. cit, p. 19.

¹⁰ Christensen, Mark. Op. cit, p. 21.

¹¹ Rubio correa, Marcial. *El sistema Jurídico, Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1984, p. 316.

¹² Ibid, Op. cit, p. 319.

¹³ CJE 21 de marzo de 2000, Caso C6/99, Asociación Greenpeace Francia vs. Ministerio de Agricultura y de la Pesca.

¹⁴ Caso T-76/96 R, Sindicato Nacional de Agricultores y otros vs. la Comisión.

¹⁵ En <http://www.biodiversidadla.org/noticias3/noticias408.htm>.

¹⁶ El artículo 30° dispone: “La investigación, desarrollo, producción, liberación, introducción y transporte en todo el territorio nacional de organismos genéticamente modificados, deben contar con mecanismos de seguridad destinados a evitar los daños al ambiente y la salud humana”.