Néstor Cafferatta

Secretario de Juicios Ambiéntales de la Corte Suprema de la Nación de Argentina - Profesor del derecho ambiental de la Universidad Nacional de Buenos Aires

Comentario sobre el Principio de Estrasburgo no. 15: principio de precaución (1)

Aída KEMELMAJER de CARLUCCI enseña que “El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”.

El principio o enfoque de precaución ha sido incluido en diversos tratados internacionales sobre protección del medio ambiente en distintos ámbitos. Entre estos tratados es necesario destacar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. También está incluido en instrumentos regionales de Europa, África, el océano Atlántico noreste, el Mar Báltico, el Mar Caspio, el Mar del Norte, el Mar Mediterráneo, el Río Danubio y el Río Rin.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Opinión Consultiva No. 23/17, señala que en el caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (de las pasteras), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló que el enfoque de precaución puede ser relevante en la interpretación y aplicación del tratado siendo interpretado en el caso. Por otra parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha señalado que el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, se dijo que el enfoque precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia, la cual obliga al estado de origen a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño que pueda resultar de actividades que realice.

Esta obligación aplica en situaciones donde la evidencia científica referente al alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión sea insuficiente pero existan indicadores plausibles de los riesgos potenciales.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo enuncia como principio 15: “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 e 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".

Asimismo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático instituye el principio precautorio, en el artículo 3.3, donde se dice: "Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no deberían utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando 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".

El Convenio sobre la Diversidad Biológica lo deja sentado en el Preámbulo en cuanto establece que las partes contratantes observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. 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.

El principio precautorio aparece establecido, en el artículo 3° del Acuerdo Regional de Escazú de 2018 sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe; en las Leyes de Medio Ambiente: ECUADOR: Constitución Política 2008, Artículo 396; MÉXICO: Ley de Bioseguridad OGM, Artículo 8; PANAMÁ: Ley de Protección Ambiental 1999, Artículo 2; EL SALVADOR: Decreto 233/98, Artículo 2 inciso; CUBA: Ley 81/97, Artículo 4 inciso; URUGUAY: Ley 17283/00, Artículo 6 apartado; ARGENTINA: Ley 25675, Artículo 4; NICARAGUA: Ley 217/96, Artículo 4 ap. 3º; REPÚBLICA DOMINICANA: Ley 64/00, Artículo 8º; COSTA RICA: Ley de Biodiversidad, Artículo 11; VENEZUELA: Ley de Diversidad Biológica, Artículo 105; PERÚ: Ley 28611, Título Preliminar, Artículo VII; COLOMBIA: Ley 99/93. Asimismo, ha sido incorporado en legislación de Estados como Antigua y Barbuda, Canadá, Igualmente, los tribunales superiores de Argentina, Brasil, Chile y Panamá han reconocido la aplicabilidad y obligatoriedad del principio de precaución.

La CIDH en su Opinión Consultiva No. 23/17 entiende que, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. En efecto, en el contexto de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean "eficaces" para prevenir un daño grave o irreversible.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la causa Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro (26/03/2009, F. 332:663), dijo que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. Asimismo, en otra causa, sostuvo que debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, ley 25.675 General del Ambiente) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, considerando 12, in fine), que dan

The Strasbourg Principles
of International Environmental Human Rights Law

fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, en el Parque Nacional CALILEGUA y en el pozo Ca.e3, que se ordena por esta Corte (Saavedra y otro, 25/02/2021. Fallos: 344:174). Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente – art. 4° de la ley 25.675- (F: 333:748; RHE "Cruz, Felipa y otros c/ MINERA ALUMBRERA LD y otro si sumarísimo"; Fallos: 339:142. 23/02/2016).

La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños, el problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones. (Voto del juez Lorenzetti; Telefónica Móviles Argentina S.A. 02/07/2019).

El principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras, en función de prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos.

Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto, previsible, verificado, comprobado, real y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos — y por lo tanto imprevisibles. El principio precautorio opera en un ámbito signado por la incertidumbre. Finalmente, hemos sostenido con el profesor Isidoro H. GOLDENBERG, que a los reparos que pueden esgrimirse contra la recepción del principio que nos ocupa, cabe replicar que se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil, sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de dañosidad.

Por último, es llamativa la definición propuesta por el Informe del grupo de expertos sobre el principio de precaución, aprobado por el COMEST (World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology), en 2005, porque contiene una referencia a su contenido más amplio ético, Principio Precautorio: Cuando la actividad humana puede conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño.

Néstor Cafferatta, julio 2023

The Strasbourg Principles
of International Environmental Human Rights Law