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 (2)

Ricardo LORENZETTI, expresa que el principio precautorio es relativamente reciente en el campo ambiental, pero se ha expandido con rapidez inusitada. El principio precautorio gana consenso en los corazones, por la aversión al riesgo y el cambio que se está produciendo respecto de la percepción de los riesgos sociales. Pero también genera disenso en las razones, debilidad en el andar. Las decisiones bajo un ambiente de incertidumbre son naturalmente difíciles.

Hay autores que ven en el principio precautorio un instrumento de gestión de riesgos, que se utiliza en una situación de incertidumbre científica y que expresa una exigencia de actuar frente a un riesgo potencialmente grave sin que sea necesario esperar los resultados de la investigación científica (KEMELMAJER de CARLUCCI).

Fançois EWALD, califica metafóricamente el principio precautorio como del “retorno del genio maligno”, Carl SUNSTEIN, del principio anti-catástrofe, en España, José ESTEVE PARDO, del “desconcierto del Leviatán”, o en Francia, Christine NOIVILLE, de un “principio anti-científico”, avisándonos todos, de la singular naturaleza jurídica de este principio rector del derecho ambiental. Es el ejercicio activo de la duda (FACCIANO),

En relación a los presupuestos de aplicación del principio precautorio, Roberto ANDORNO señala que teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales, pueden desde esbozarse tres requisitos: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2. Evaluación científica del riesgo. 3. Perspectiva de un daño grave e irreversible. Además de las tres condiciones esenciales mencionadas, el principio de precaución aparece habitualmente integrado por otros elementos, que podríamos calificar de “accesorios”, y que contribuyen a definir su perfil.

Uno de ellos es la exigencia de proporcionalidad (balance, razonabilidad o ponderación), que hace referencia al costo económico – social de las medidas a adoptar. Según esta exigencia, tales medidas deben ser soportables para la sociedad que debe asumirlas. Otra exigencia del criterio de precaución es la transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de ciertos productos o actividades, así como en la toma de decisiones por parte de las autoridades. En lo concerniente a la carga de la prueba, el principio autoriza al legislador a disponer en algunos casos de su inversión, obligando a quien desarrolla actividades potencialmente dañosas a acreditar, en la medida de lo posible, que éstos no traen aparejado riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente.

En ese sentido, la Comisión de la Unión Europea, en una Comunicación del 2/02/2000 sobre las condiciones de aplicación del principio de precaución, ha aclarado que no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso.

Antonio H. BENJAMÍN señala que "La Transición del paradigma de la reparación para la prevención, todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución". Agrega que, "El principio de precaución responde a la siguiente pregunta: Dada la incerteza científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿Quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano Público?, en otras palabras, sospechado que la actividad traiga riesgo al ambiente ¿Debe el poder Público asumir el prior de prohibirla (o regularla, imponiéndole patrones de seguridad riguroso), o diversamente debe la intervención pública ocurrir solamente cuando el potencial ofensivo haya sido claramente demostrado por el órgano regulador o por los representantes no gubernamentales de intereses ambientales, amparados en un raciocinio de probabilidades o, en los términos del derecho civil codificado, en el régimen de previsibilidad adecuada?".

"La precaución distingue el derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente el derecho penal (responsabilidad penal) y el derecho civil (responsabilidad civil), porque éstas tienen como prerrequisitos fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura apartar" (…) "En nuestro prisma, la precaución es el motor del cambio radical que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los últimos años. Afirmándose la tesis – inclusive en el plano constitucional – de que hay un deber genérico y abstracto de no degradar el medio ambiente, se invierte, en el campo de esas actividades el régimen jurídico de ilicitud, ya que en las nuevas bases éstas se presumen hasta que se pruebe lo contrario".

Néstor Cafferatta, julio 2023