



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PAUTAS PARA UNA EFICAZ REGULACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO PERUANO DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Krystel Otiniano-Pozo

Piura, noviembre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Otiniano, K. (2016). *Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el Derecho Peruano desde la experiencia del Derecho Comunitario Europeo* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

KRYSTEL KARINA OTINIANO POZO

**PAUTAS PARA UNA EFICAZ REGULACIÓN DEL PRINCIPIO
PRECAUTORIO EN EL DERECHO PERUANO DESDE LA
EXPERIENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2016

APROBACIÓN

La tesis titulada “*Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el Derecho Peruano desde la experiencia del Derecho Comunitario Europeo*”, presentada por la bachiller Krystel Karina Otiniano Pozo en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogada, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Susana Mosquera Monelos.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

Agradezco a Dios todopoderoso por su misericordia y amor infinito, con Él todo es posible.

A mis padres por su amor, apoyo, comprensión y sacrificio a lo largo de todos estos años, sin ustedes no habría podido alcanzar esta meta.

A mis hermanos, por sus ánimos y complicidad constantes, son mi motivación para ser mejor cada día.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I. PANORAMA GENERAL DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO	5
1.1. Contexto histórico	5
1.1.1. Hechos históricos como antecedentes del principio de precaución	5
1.1.2. Nacimiento del principio precautorio en el Derecho Internacional a partir de su plasmación normativa	11
1.2. Concepto, finalidad y características	17
1.2.1. Definiciones doctrinales	17
1.2.2. La finalidad del principio precautorio respecto al medio ambiente	23
1.2.3. Características	24
1.3. Naturaleza jurídica del principio precautorio.....	26
1.3.1. El principio precautorio en los Convenios Internacionales	26
1.3.2. El principio precautorio en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia	27
1.3.3. Principio precautorio en la práctica de la OMC.....	30
1.4. Elementos del principio precautorio	35
1.4.1. Peligro de daño grave o irreversible.....	35
1.4.2. Incertidumbre científica e indicios consistentes de amenazas	40
1.4.3. Iniciativa Institucional ante la incertidumbre.....	43
1.4.4. Análisis costo-beneficio de acción versus falta de acción	44
1.4.5. Inversión de la carga de la prueba.....	46

CAPITULO II. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA	47
2.1. Adopción del principio precautorio en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea	47
2.1.1. Adopción del principio en la UE	47
2.1.1.1. Plano histórico casuístico	47
2.1.1.2. Plano jurídico normativo	52
2.1.2. Concepto y naturaleza jurídica en el marco del derecho de la UE	57
2.2. Aplicación del principio precautorio en el Derecho Comunitario	68
2.2.1. Panorama general	68
2.2.2. La Comunicación de la Comisión sobre el principio precautorio	73
2.3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE	77
2.3.1. Aplicación tácita	77
2.3.2. Aplicación expresa	83

CAPITULO III. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO PERUANO	95
3.1. EL Principio Precautorio en el marco normativo nacional	95
3.1.1. Marco legal nacional de instrumentos internacionales en materia ambiental	101
3.1.2. Recepción interna de estándares internacionales en materia ambiental	110
3.1.3. Control del cumplimiento del Derecho Convencional en el Perú	119
3.1.4. Responsabilidad internacional del Estado ante la vulneración del derecho convencional	128
3.1.5. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional	132
3.2. Criticas en torno a la aplicación del principio precautorio	139
3.2.1. Principio precautorio: ¿se trata de una recomendación o de una obligación?	139
3.2.2. Ausencia de definición unitaria del principio	141
3.2.3. Riesgo cero: ¿un objetivo inalcanzable?	142
3.2.4. Falta de certeza científica y limitación económica	145
3.2.5. El deber de la carga de la prueba	145

3.3. Aplicación del principio precautorio ante el Tribunal Constitucional	147
CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	161
LEGISLACIÓN	167

ABREVIATURAS

CEE	Comunidad Económica Europea.
CFC	Compuestos fluorocarbonados.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CO2	Dioxido de carbono.
FEDESA	Federación Europea de Salud Animal.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio cuyas siglas en ingles significan General Agreement on Tariffs Trade.
ICNIRP	Organismo internacional cuyas siglas en ingles significan Internacional Commission on Non-Ionizing Radiation Protection.
INRENA	Instituto Nacional de Recursos Naturales.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMG	Organismo modificado genéticamente.
ONG	Organizaciones no gubernamentales.
OVM	Organismos vivos modificados.
RVEP	Retrovirus endógeno porcino.
SINANPE	Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.
UE	Unión Europea.
VIH	Virus de inmunodeficiencia humano.

INTRODUCCIÓN

El hombre vive y se desarrolla en el medio ambiente, interactuando constantemente con los elementos naturales – bióticos y abióticos- y artificiales que lo conforman. No obstante, con el desarrollo de la industria y el continuo avance en las ciencias y tecnologías, se han generado muchos descubrimientos que si bien han significado mejoras en el nivel de vida y salud del ser humano, también han contribuido al deterioro de su entorno.

Después de la II Guerra Mundial, se ha visto que el deterioro del ambiente se ha intensificado de una manera alarmante a causa de factores naturales y humanos más frecuentes como es el caso de las erupciones volcánicas, incendios forestales, tala indiscriminada, contaminación por desechos industriales y domésticos, etc. En este sentido, los cambios negativos que se han observado en el ambiente, han generado conciencia en la sociedad mundial por lo que se ha visto en la necesidad de regular no solo la explotación de los recursos naturales sino también los efectos que genera en el ambiente los avances de la ciencia, con miras a evitar daños irreparables en los ecosistemas.

En este contexto, la regulación internacional en materia de protección ambiental ha creado una serie de políticas y normas destinadas a proteger al ambiente frente a daños ciertos, al amparo de investigaciones científicas que revelan fidedignamente nexos de causalidad entre el factor humano y el daño al ambiente, por lo que ahora puede demostrarse fehacientemente que ciertos eventos naturales tienen

su origen en acciones humanas¹, lo que conlleva a adoptar medidas preventivas para evitar la concreción de dichos daños. De este modo es que se ha normado la utilización de recursos naturales, garantizando un desarrollo sostenible.

Sin embargo, la historia ha demostrado que el continuo avance de las ciencias y tecnologías ha generado un campo donde no se tiene certeza respecto a la inocuidad de nuevos descubrimientos por lo que la inexistencia de daños en la salud, vida y medio ambiente no se tiene garantizada. Es justamente en este campo que nace el principio precautorio como una herramienta para proteger estos derechos fundamentales ante situaciones de incertidumbre científica respecto a la producción de daños. De hecho, este principio tiene gran importancia en el mundo actual y afecta a aspectos esenciales de la política, la ciencia, la ética, la salud, la convivencia y la economía, hasta tal punto que la conciencia y necesidad de preservar la naturaleza, la vida y la integridad de la personas ha cobrado una dimensión universal por la globalización de las amenazas inherentes al desarrollo tecnológico e industrial.

Como era de esperar, diversos países han adoptado una serie de medidas y mecanismos de acción tendentes a la protección y preservación del ambiente, salud y la vida humana; adaptando el ordenamiento jurídico propio a políticas medioambientales dirigidas a la consecución de dicho fin, y acogiendo, en el caso de algunos, al principio precautorio como un arma sólida y pilar fundamental de dichas normas y políticas.

Si bien no podría negarse que el Perú, tal y como se ha observado en los últimos años, ha asumido una postura proteccionista frente al tema ambiental, tampoco podría afirmarse que se han agotado todas las vías para erigir un sistema eficaz de control que evite la exposición de los derechos fundamentales a inminentes perjuicios y/o daños en un marco de incertidumbre científica, cuya génesis radique en la realización de actividades económicas y/o científicas tanto nuevas como las que se han venido ejerciendo.

¹ Tal es el caso de la extinción de especies de flora y fauna debido a la caza indiscriminada y destrucción de hábitats y ecosistemas por parte del factor humano.

Lamentablemente, en el Perú, el principio precautorio, no cobra la atención debida a pesar de haber sido acogido no solo por el ordenamiento jurídico interno, sino también por el texto de diversos tratados internacionales ratificados por la República del Perú, referidos a la protección y preservación del medio ambiente, la salud y la vida. Ello obedece al desconocimiento e ignorancia que se plantea entorno al mismo así como la poca confianza derivada de la cuasi y/o nula aplicación del mismo en el Perú, a pesar de haber sido positivizado.

En este sentido, la intención del presente estudio radica en exponer la obligatoriedad y necesaria utilidad del principio precautorio tomando como ejemplo la regulación realizada por la Comunidad Europea. Es por ello que el objetivo del presente trabajo de investigación no solo se centra en brindar un aporte que contenga las pautas que deberían implementarse en la normativa ambiental peruana para poder lograr una aplicación eficiente, sino también generar una mayor conciencia en el Estado y la sociedad en general acerca de la primacía del derecho a un ambiente sano respecto a otros derechos.

Atendiendo a ello, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos donde el primero de ellos expondrá un panorama general empezando por el contexto histórico que rodeó la aparición del principio precautorio o de precaución, pasando por la necesidad de su regulación y adopción, hasta llegar al modelo en virtud del cual se concreta en la realidad. En este orden de ideas, se examinarán las distintas definiciones adoptadas entorno al principio así como los elementos comunes que se extraen de las mismas. En adición a ello, se discutirá la naturaleza científica del principio así como el valor normativo que representa para determinados órganos internacionales, tales como la Organización Mundial del Comercio y el Tribunal Internacional de Justicia, además de los elementos indispensables para la invocación y ejecución práctica del principio.

El segundo capítulo se refiere a la regulación y aplicación del principio materia de estudio en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea. La elección de tal modelo ha tenido como criterios de decisión no solo el hecho de ser cuna geográfica del principio sino también por ser el ordenamiento jurídico que mejor lo regula y aplica, resaltando dentro de su producción normativa la Comunicación de la Comisión de la Europea, así como la casuística, lo que ha contribuido a

una mejor protección no solo de la vida y salud humana en los países miembros, sino también a un eficaz control en el cumplimiento de las normas comunitarias que de manera directa evitan la degradación del medio ambiente.

El tercer capítulo esboza la adopción del principio dentro del Derecho Peruano. En este sentido se analizará la manera en que se encuentra regulado y definido por las normas peruanas y el modo en que se han recepcionado los instrumentos internacionales que recogen dicho principio en el sistema peruano. Asimismo, se analizará el control respecto al cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por el Perú, así como las consecuencias del incumplimiento de sus estipulaciones. Posteriormente, se examinará cada una de las posibles críticas u obstáculos que impiden la aplicación rápida del principio ante una situación donde concurren los elementos necesarios para su invocación.

El cuarto capítulo se encuentra referido a las conclusiones adoptadas a partir de la investigación a realizarse coincidente con la estructura planteada; lo que permitirá aportar una postura encaminada a brindar las pautas necesarias a seguir en aras de lograr eficiencia en cuanto a la aplicación del principio precautorio o de precaución en el ámbito peruano, logrando así no solo la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; sino también la protección de la salud de las personas; la conciencia de una utilización prudente y racional de los recursos naturales; y el fomento de medidas destinadas a hacer frente a los problemas del medio ambiente.

Finalmente resulta importante resaltar la regulación medioambiental que ha normado la Unión Europea en atención a los demás principios y condiciones que regulan su acción ambiental, como modelo ejemplar en atención al cual se deberá extraer los postulados y principios esenciales a efectos de sentar las bases de los próximos sistemas jurídicos ambientales peruanos que conlleve a una tutela eficiente de los derechos fundamentales de la persona.

CAPITULO I

PANORAMA GENERAL DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

1.1. Contexto histórico

1.1.1. Hechos históricos como antecedentes del principio de precaución

El origen del principio precautorio o de precaución, ha sido objeto de debate entre los estudiosos del Derecho medio ambiental. Un sector mayoritario de la doctrina afirma que su nacimiento acontece a partir del momento de su incorporación a la legislación alemana a mediados de los años setenta del siglo XX; mientras que otro sector refiere que tal principio, se ha encontrado presente, aunque de manera implícita, en la historia desde antes de ser adoptado en el ordenamiento jurídico alemán.

Para aquellos que manifiestan lo último, señalan en la historia muchos casos que, si bien en su momento no significaron más que simples sucesos de origen incierto, constituyen los referentes históricos que influyeron, de manera indirecta, en la construcción del principio precautorio tal y como lo conocemos actualmente.

En este sentido, no resulta descabellado citar algunos acontecimientos como es el caso de la disposición dada por las Cortes de Castilla y León², promulgada por el año de 1258, referida, no sólo, a la prohibición de infectar con hierbas o cal las aguas debido a la alta tasa de mortalidad que suponía en recursos ictiológicos, sino también al establecimiento de la veda de determinadas especies de peces con miras de facilitar la reproducción³.

Otro hecho importante fue el episodio del cólera investigado por el doctor inglés John Snow, quien con sus estudios dio la primera aproximación al principio de precaución en el año 1854, cuando solicito a la autoridad sanitaria local el retiro de la bomba de agua de Broad Street en Londres, en razón de la sospecha de que el cólera se transmitía por el agua y no por otras vías como pensaba la mayor parte de la población de aquel entonces.

A ello se agrega el caso de la contaminación por polvo de asbesto⁴ cuya extracción se inició en 1879 llegando a una producción mundial de dos millones de toneladas hasta 1998. Con el avance de conocimiento e investigación científica, la primera alarma respecto a los efectos nocivos causados por la exposición al

² Las Cortes de Castilla y León, actualmente, son un órgano legislativo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuyos orígenes más remotos se sitúan a principios del siglo XII, por lo que pueden vanagloriarse de ser una de las instituciones de representación en sede parlamentaria más antiguas de Europa. Información disponible en <http://www.ccy.l.es>. Consultada el 12 de enero del 2015.

³ Cfr. RECUERDA GIRELA, M. *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos*. Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 57.

⁴ Asbesto, también llamado amianto, es el nombre asignado a un grupo de seis materiales fibrosos diferentes (amosita, crisolita, crocidolita y las formas fibrosas de tremolita, actinolita, y antofilita) que ocurren en forma natural en el ambiente. Los minerales de asbesto tienen fibras largas y resistentes que se pueden separar y son suficientemente flexibles como para ser entrelazadas y también resisten altas temperaturas. Debido a estas características, el asbesto se ha usado para una gran variedad de productos manufacturados, principalmente en materiales de construcción (tejas para techado, baldosas y azulejos, productos de papel y productos de cemento con asbesto), productos de fricción (embrague de automóviles, frenos, componentes de la transmisión), materias textiles termoresistentes, envases, empaquetaduras, y revestimientos. Algunos productos de vermiculita o de talco pueden contener asbesto. Información disponible en <http://www.atsdr.cdc.gov>. Consultado el 12 de enero del 2015.

polvo de esta sustancia⁵, fue expresada por Lucy Deane recién en el año de 1898, es decir diecinueve años después de que empezara la explotación de este mineral, resultando afectadas no solo ciudades de Reino Unido sino también la población francesa. En virtud de ello, en 1931, el Reino Unido, después de una serie de investigaciones referidas al deterioro de la salud debido a la exposición al polvo de asbesto, reglamentó la utilización del amianto estableciendo un control del polvo que se ciñó solo a la actividad manufacturera, estableciendo, además, la obligación de indemnizar a quienes padecieran amiantosis⁶.

Más adelante, en 1955, se hicieron investigaciones que concluyeron en la existencia de un elevado riesgo de cáncer al pulmón de trabajadores de fábricas que se dedicaban a la extracción del amianto, apareciendo recién entre los años 1959 a 1964, los primeros casos de cáncer por mesotelioma⁷ en países como Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos.

⁵ El asbesto afecta principalmente a los pulmones y a la membrana que envuelve a los pulmones, la pleura. Respirar altos niveles de fibras de asbesto por largo tiempo puede producir lesiones que parecen cicatrices en el pulmón y en la pleura. Respirar niveles de asbesto más bajos puede producir alteraciones en la pleura, llamadas placas. Las placas pleurales pueden ocurrir en trabajadores y ocasionalmente en gente que vive en áreas con altos niveles ambientales de asbesto. Los efectos de las placas pleurales sobre la respiración generalmente no son serios, pero la exposición a niveles más altos puede producir un engrosamiento de la pleura que puede restringir la respiración. AGENCIA PARA SUSTANCIAS TOXICAS Y REGISTRO DE ENFERMEDADES. *Asbesto*. Atlanta. 2001. Pág. 1. Disponible en <http://www.atsdr.cdc.gov>. Consultado el 12 de enero del 2015.

⁶ Es una fibrosis pulmonar difusa producida por la inhalación de fibras de asbesto. Todos los tipos de asbesto están implicados en este padecimiento en mayor o menor grado y la respuesta está en relación directa con la concentración de las fibras dentro del pulmón y lo extenso de la fibrosis. Tiene un periodo de latencia de 15 años o más desde la primera exposición hasta el diagnóstico, sin embargo puede ser menor en función de una elevada exposición. La gente con asbestosis tiene dificultad para respirar, a menudo tiene tos, y en casos graves sufre dilatación del corazón. La asbestosis es una enfermedad grave que eventualmente puede producir incapacidad y la muerte. ECHEGOYEN CARMONA, R; RIVERA ROSALES, M. *Asbestosis y mesotelioma pleural maligno*. Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias "Ismael Cosío Villegas. Mexico. 2012. Pág. 6. Disponible en <http://www.medigraphic.com>. Consultado el 12 de enero del 2015.

⁷ Es una neoplasia producida por fibras de asbesto en el mesotelio de la cavidad pleural, peritoneal, pericárdica y de la albugínea del testículo. El más frecuente es el mesotelioma pleural, que se presenta inicialmente como pequeños nódulos de color

Recién entre 1998 a 1999, tanto Francia como la Unión Europea, después de analizar todos estos sucesos, prohibieron todas las formas de asbesto, es decir, casi cien años después de haber dado la primera alarma por lo que si bien, a la fecha, se mantiene la prohibición de la extracción, utilización, manipulación entre otros, de esta sustancia, aun se tendrá que lidiar con las muertes de casi medio millón de personas por mesotelioma, cáncer de pulmón y asbestosis durante los próximos años debido a la peligrosidad del mineral al que estuvieron expuestos⁸.

También se puede mencionar el caso de los bifenilos policlorados⁹, “sustancias químicas persistentes que se bioacumulan y tienen efectos adversos en la salud humana y el medio ambiente, con capacidad para recorrer grandes distancias llegándose a encontrar en los lugares más recónditos del planeta, incluso en aquellos muy alejados de donde se produjeron y fueron utilizados”¹⁰. Durante su periodo de producción y/o manipulación, fueron usados como refrigerantes de transformadores y otros artefactos eléctricos. Soren Jensen, en 1967, advirtió sobre la alta concentración de esta sustancia en la fauna del Mar Báltico.

grisáceo en la superficie de la pleura parietal o visceral; al progresar engrosa y forma una verdadera coraza al pulmón. Puede extenderse al pericardio, al diafragma, a los nodos mediastinales y a la pared torácica llegando a invadir los tejidos blandos de tórax. *Ibidem*.

⁸ Cfr. VAINSTOK, O. *Anotaciones para una ética en la ciencia y la tecnología: El principio de precaución*. Comité Nacional de Ética en la Ciencia, la Tecnología, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Buenos Aires. 2010. Pág. 12.

⁹ Conocidos mayormente por sus siglas en inglés PCB. Se trata de líquidos oleosos espesos e incoloros o de color amarillo claro. Actualmente se usan el líquidos hidráulicos y de transferencia de calor. Antes se utilizaban en transformadores y condensadores eléctricos. Es catalogada como una sustancia extremadamente peligrosa para la salud. La exposición a este químico puede causar dolor de cabeza, náuseas, vómitos y dolor abdominal. La alta exposición puede causar daño al sistema nervioso, causando dolor de cabeza, entumecimiento, debilidad y hormigueo en los brazos y piernas, asimismo, pueden causar daño al hígado. Se considera que son probables carcinógenos y teratógenos humanos por lo que todo contacto debe reducirse al mínimo. NEW JERSEY DEPARTMENT OF HEALTH. *Derecho a saber: hoja informativa sobre sustancias peligrosas*. Trenton. 2008. Pág. 1. Disponible en <http://www.nj.gov>. Consultado el 12 de enero del 2015.

¹⁰ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAD SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. *Transformadores y condensadores con PCB: desde la gestión hasta la reclasificación y eliminación*. PNUMA Productos Químicos. Ginebra. 2002. Pág. 11.

Paralelamente, en Japón se produjo un envenenamiento en masa que afectó a más de mil personas que habrían consumido aceite de arroz contaminado lo cual generó alarma en cuanto a la peligrosidad de los bifenilos policlorados en los humanos¹¹.

En virtud de ello, diversas entidades, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico¹², reconocieron la contaminación medioambiental y los efectos dañinos para la salud humana de dicho compuesto y, por consiguiente, muchos países, también, fueron adoptando medidas para evitar daños eventuales o futuros en la salud humana y en el medio ambiente. Tal es el caso de Estados Unidos que en 1976 incluyó a los PCB dentro de la Ley de Control de Sustancias Tóxicas prohibiéndose la producción, procesamiento y distribución de este compuesto. En el Reino Unido, las industrias y fábricas dejaron de producir la sustancia alrededor de 1978. En la Unión Europea, la Directiva EC96/59 dispuso la eliminación progresiva no solo de bifenilos policlorados sino también de otro compuesto dañino llamado trifenilo policlorado.

Resulta importante mencionar además la disminución de la capa de ozono y el agujero producido en la región antártica debido a la producción y utilización de compuestos clorofluorocarbonos, compuestos hidroclorofluorocarbonos, compuestos hidrofluorocarbonos y los perfluorocarbonos siendo los mismos

¹¹ JAUREGUI MEDINA, J. *La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico*. Dilemata. Chile. 2013. Pág. 20

¹² La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, es una organización internacional de carácter gubernamental. Fundada en 1961, tiene su origen en la Organización Europea de Cooperación Económica de 1948, creada para administrar la ayuda de Estados Unidos y Canadá del Plan Marshall para la reconstrucción de Europa tras la II Guerra Mundial. Agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de asuntos exteriores y de cooperación. Madrid. 2016. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es>. Consultado el 12 de enero del 2015.

gases de potente efecto invernadero y por ende factor agravante del cambio climático¹³.

Los primeros se inventaron en 1928 y fueron usados de manera masiva, en los años sesenta del siglo XX, en refrigeradores, equipos de aire acondicionado, aerosoles, solventes, espumas entre otras. Gracias al avance científico y tecnológico, en 1985 se confirmaron las investigaciones que afirmaban la destrucción de las moléculas de ozono a causa de la utilización de estos compuestos generando como consecuencias aumento en la radiación ultravioleta, y, por consiguiente, cáncer a la piel, cataratas, además de daños al sistema inmunológico humano, fauna y en la agricultura¹⁴. Dado que el daño producido por tales sustancias se convirtió en un problema global, se buscaron soluciones de la misma índole, surgiendo diversos tratados o convenciones tales como el Protocolo de Montreal en 1987, cuyo fin giraba en torno al control y posterior eliminación de los compuestos que deteriorasen la capa de ozono.

Como puede observarse, los hechos mencionados previamente, constituyen solo algunos ejemplos de los muchos que pueden hallarse en la historia y que, si bien no utilizan de manera explícita el término “principio precautorio o de precaución”, las medidas y acciones que se adoptaron para cada uno de aquellos episodios con miras a evitar cualquier daño o perjuicio a la salud humana y medio ambiente; contribuyeron a sentar las bases del principio precautorio tal y como se entiende hoy en día.

¹³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. *Soluciones favorables tanto para el clima como para la capa de ozono*. Naciones Unidas. Ginebra. 2006. Pág. 8.

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Objetivos de desarrollo del milenio*. Naciones Unidas. New York. 2010. Pág. 17.

1.1.2. Nacimiento del principio precautorio en el Derecho Internacional a partir de su plasmación normativa

Tal y como se mencionó en el apartado precedente, existe también un sector mayoritario en la doctrina que afirma que los orígenes del principio en estudio se sitúan en conceptos de derecho interno, concretamente en el derecho medio ambiental alemán durante la década de los años setenta del siglo XX.

Partiendo de esa premisa, diríamos que fue la Ley Federal alemana de protección contra las emisiones del 15 de marzo de 1974 la cuna normativa del principio en estudio, puesto que adoptó en su apartado 5.1.2 el principio precautorio, el que reza de la siguiente manera: “Las instalaciones deben funcionar de tal modo que (...) 2. Se pongan en práctica medidas de precaución contra los efectos perjudiciales para el medio ambiente, en particular medidas para limitar las emisiones conforme a la mejor tecnología disponible¹⁵”.

Es preciso aclarar que si bien Alemania es país precursor de la utilización de este principio como mecanismo para evitar la situación de daño irreversible al medio ambiente, no puede negarse que el contenido que se le otorgó en aquellos tiempos difiere de la noción que se maneja hoy en día. Esto se debe a que el principio precautorio ha tenido un proceso de evolución y sustantividad propio. En este sentido, en 1976 el Gobierno Federal asumió una primera descripción del principio al expresar que la política medioambiental no debía reducirse a prevenir o a erradicar daños, pues la situación exigía un manejo y utilización adecuado de los recursos naturales. Después de algunos años, el propio Gobierno ratificó su compromiso con el principio indicando que también debían ser reducidos los riesgos que, según su naturaleza o peligrosidad potencial, así como por su probabilidad, no pueda estimarse. Finalmente, con la promulgación de una legislación medio ambiental más estricta, Alemania invitó al resto de Estados miembros de la Unión Europea a asumir estándares similares de prevención, con miras a evitar una desventaja competitiva para su industria nacional.

¹⁵ Véase la Ley Federal Alemana del 15 de marzo de 1974.

A partir de entonces, el principio precautorio comenzó a infiltrarse en numerosos textos internacionales de variado alcance. Uno de ellos fue la carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por las Naciones Unidas en Nairobi el 28 de octubre de 1982, que constituye el primer instrumento internacional en recoger el principio de precaución de manera expresa y en el sentido actual¹⁶, pues en su apartado XI.b) señala que: “Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza. Esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”.

A partir de la lectura de dicho documento, pueden extraerse tres características que configurarían al principio precautorio como un principio de inacción o conservación. En primer lugar, exige un análisis previo del tipo de peligro que derivaría de la actividad puesto que no todo peligro legitima la invocación del principio precautorio sino solo cuando se trate de grandes peligros. En segundo lugar, se obliga al promotor de las actividades peligrosas a probar que sus beneficios son mayores que los daños potenciales, lo que constituye una inversión general de la carga de la prueba y una importante excepción al principio de libertad de empresa. Finalmente, la situación de incertidumbre científica sobre el riesgo representado por la frase contenida en el texto del apartado XI b) que menciona que “cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales” implicaría el establecimiento de la prohibición de llevar a cabo dichas actividades¹⁷.

Más adelante, con el acontecer de las tres Conferencias Internacionales sobre la protección del Mar del Norte celebradas durante los años 1984, 1987, 1990, se acogió al principio precautorio en su sentido actual, es decir, como un principio de acción y no de conservación como lo proclamaba la Carta Mundial

¹⁶ BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de Precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005. Pág. 51.

¹⁷ EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Justel. Madrid. 2010. Pág. 121.

de la Naturaleza en su texto. A lo largo de las conferencias se concluyó lo siguiente: “Ha de actuarse preventivamente cuando haya razones para suponer que es probable que tales sustancias causen daño a los recursos vivientes del mar, incluso si falta la prueba científica de un nexo causal entre emisiones y efectos”¹⁸. En este sentido, se concluye que no se requieren pruebas científicas ni se exige ningún otro tipo de prueba que demuestre fehacientemente la existencia de un nexo causal entre emisiones y efectos. Ya se observa aquí, que el principio precautorio va evolucionando respecto a cómo había sido entendido en Nairobi puesto que se eliminó la idea de inversión de la carga de la prueba como requisito connatural del enfoque precautorio y se reemplazó la inacción forzada en condiciones de incertidumbre por una obligación de acción pública preventiva.

Otro instrumento internacional muy importante en la historia del principio de precaución fue la Convención de Viena sobre la Capa de Ozono de 1985¹⁹. La peculiaridad, y por tanto la importancia de este tratado, radica en que, si bien su texto no recoge expresamente el principio precautorio como tal, su preámbulo recoge la palabra “precaución”²⁰. Asimismo, se resalta el hecho de que la Convención se basa en un enfoque precautorio puesto que se negoció y adoptó en condiciones de incertidumbre científica respecto a los riesgos y daños en relación con la degradación de la capa de ozono.

Por su parte, también se encuentra la Declaración ministerial de Bergen sobre desarrollo sostenible²¹. Tal documento establece el principio de precaución por primera vez como un principio de general aplicación, cuyo punto 7 menciona lo siguiente: “En orden a conseguir el desarrollo sostenible, las políticas deben basarse en

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Se trata de un acuerdo ambiental multilateral que se acordó en la Conferencia de Viena de 1985 y entró en vigor en 1988. Actúa como un marco para los esfuerzos internacionales para proteger la capa de ozono.

²⁰ Específicamente, el párrafo quinto de su Preámbulo, mencionan lo siguiente: “Teniendo presente también las medidas de precaución que ya se han adoptado en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono (...)”. Disponible en <http://ozone.unep.org/>. Consultado el 20 de enero del 2015.

²¹ Fue aprobada por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas el 15 de mayo de 1990.

el principio de precaución (...). Cuando haya amenazas de daño serio e irreversible, la falta de completa certidumbre científica no debería ser utilizada como razón para posponer las medidas de prevención de la degradación medioambiental”. Ello implica nuevas pautas para la invocación del principio por lo que para actuar será necesario, en primer lugar, la “amenaza de daño serio e irreversible” al ambiente; en segundo lugar, innecesaria certeza de la concretización de dicha amenaza, y, finalmente, el hecho de que la incertidumbre no legitima la inacción.

Poco después se celebró en 1991 el Convenio de Bamako relativo a la prohibición de la importación en África y el control del movimiento y gestión transfronteriza de residuos peligrosos dentro de África²². El artículo 4.3.f) recoge la precaución por lo que permite adoptar medidas sin esperar a la prueba científica de tal daño. Ello quiere decir que no habría que esperar a que se demuestre fehacientemente la existencia científica o cierta de un peligro o riesgo al ambiente para poder tomar medidas e iniciar acciones.

Es preciso señalar que, a pesar del gran aporte brindado por todos estos documentos internacionales y de su significado en la evolución del principio de precaución en el derecho internacional, es el apartado XV de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo²³, el que más repercusión y relevancia ha tenido. Su formulación es casi idéntica a la Declaración de Bergen sobre desarrollo sostenible de 1990 y reza en los siguientes términos: “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”²⁴. De ello puede inferirse que la especial importancia que reviste esta

²² Es un tratado de las naciones africanas que prohíbe la importación de residuos peligrosos, incluidos radioactivos. Fue celebrado por doce naciones de la Organización de la Unidad Africana de Bamako, Malí, en enero de 1991, entrando en vigor en 1998.

²³ Aprobada por la Asamblea General durante la Cumbre de Río de Janeiro en 1992.

²⁴ Declaración de Río de Janeiro de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Disponible en www.un.org. Consultada el 13 de enero de 2015.

Declaración recae no solo en el marco en que surge la misma y el amplio consenso logrado para su aprobación, sino también en el valor de acuerdo universal, fruto de la conciencia común, asentada en la necesidad de preservar el planeta para las generaciones futuras.

La evolución del principio de precaución continuó con el Preámbulo²⁵ del Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁶, donde puede observarse la tendencia hacia la minimización o reducción de las amenazas en lugar de impedir las “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica” dentro de un marco de incertidumbre científica. Por tanto se puede aseverar que las referencias a este principio son generales y reservadas.

A su vez, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁷, aprobada también en 1992, se produce otro cambio puesto que se ve reemplazado el “deber” de acción de los estados miembros por un “deberían”²⁸, lo que hace

²⁵ El preámbulo establece: “Observando también cuando exista una amenaza de reducción o pérdida”.

²⁶ Se firmó el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Es un tratado internacional jurídicamente vinculante con tres objetivos principales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible. Disponible en <http://www.un.org/>. Consultado el 20 de enero del 2015.

²⁷ La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es un tratado internacional creado en la Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro en 1992, para hacer frente al creciente problema del calentamiento global y los cambios negativos que tiene en el clima, tales como la mayor frecuencia de las sequías, tormentas y huracanes, la fusión del hielo, el aumento del nivel del mar, las inundaciones, los incendios forestales, etc. Disponible en <http://www.iwgia.org/>. Consultado el 20 de enero del 2015.

²⁸ El artículo 3.3 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece lo siguiente: “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 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. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los

que la fuerza vinculante de este principio se vea reducida. Es decir, ante dicho cambio, se asume que se trata de una recomendación o una sugerencia y no una obligación. Asimismo, se introducen dos innovaciones importantes: por una parte, se exigía no solo la existencia de un riesgo de peligro sino que los peligros eventuales, a su vez, debían ser graves e irreversibles. Por otro lado, era la primera vez que los costes económicos derivados de la adopción de medidas de precaución eran invocados.

Por su parte, el artículo 10.6²⁹ del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología³⁰ del año 2000, constituye otro documento importante que recoge expresamente el principio en estudio. Tal documento comporta un reconocimiento internacional de la necesidad y legitimidad de su aplicación frente a los riesgos potenciales asociados a los usos particulares de la biotecnología moderna ante una situación de incerteza científica.

Por lo expuesto, puede concluirse que este principio no solo ha logrado consolidarse en el Derecho Internacional del medio ambiente sino que además se ha convertido en una idea de alcance general. Todos los estados que han suscrito y ratificado los convenios, declaraciones y tratados señalados se han preocupado por intentar llegar a una noción y elementos universales del principio que permita fijar las pautas a seguir para lograr una

distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, (...). Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas". Disponible en <http://unfccc.int>. Consultado el 20 de enero del 2015.

²⁹ Artículo 10.6 dispone: "El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate (...)". Disponible en <http://www.conacyt.mx>. Consultado el 20 de enero del 2015.

³⁰ Su nombre oficial es Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica. Cartagena es el nombre de la ciudad colombiana en la cual, en febrero de 1999, el Protocolo de Bioseguridad fue originariamente programado para ser concluido y adoptado. Sin embargo, debido a ciertos asuntos por resolver, el Protocolo fue finalizado y adoptado un año después, el 29 de enero del 2000 en Montreal, Canadá, durante la reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes.

aplicación eficaz del mismo. Dentro de ese marco, habría que resaltar la labor de la Unión Europea cuya contribución ha sido la de mayor provecho en base a las diversas situaciones suscitadas y que han requerido de un estudio jurídico muy minucioso para llegar a soluciones que busquen proteger y salvaguardar no solo el medio ambiente sino también la vida y salud humana. Sin duda alguna, la experiencia desarrollada en los tribunales de la Comunidad Europea resulta indispensable para comprender la envergadura de este principio por lo que, dada la importancia de su estudio, se detallara el nacimiento, regulación y aplicación del principio precautorio en el Derecho comunitario en un capítulo aparte.

1.2. Concepto, finalidad y características

1.2.1. Definiciones doctrinales

Para referirse a las diversas definiciones doctrinales ofrecidas por muchos estudiosos del derecho ambiental, es necesario primero, conocer el origen del término español precaución. En este sentido, etimológicamente, tal palabra proviene del latín *praecautio* (*prae/* antes; *cautio/* cuidado, cautela). El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como: “reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que puedan temerse”³¹. A su vez el diccionario Larousse señala que se aplica para el futuro y siempre a la parte de lo desconocido a pesar de las leyes de la ciencia, leyes incapaces de agotar la experiencia humana, por lo que el actuar se caracteriza por la vigilancia y la desconfianza frente a lo desconocido. Ese actuar cuidadoso exige la adopción de medidas apropiadas para evitar el mal potencial que se teme, a pesar de que su naturaleza no esté definida con precisión.

Existe una serie de definiciones expresadas por la doctrina, en su intento por establecer una noción universal que abarque un contenido preciso y claro de lo que es el Principio de Precaución o Precautorio. La importancia de tal búsqueda radica en la necesidad de regular las muchas situaciones, donde prima la incertidumbre respecto a posibles riesgos y que se presentan en diferentes

³¹ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. 22º Edición 2014. Disponible en <http://lema.rae.es>. Consultada el 15 de enero del 2015.

sectores³² donde muchas veces la falta de normas generan vacíos legales que impiden encontrar soluciones justas y equilibradas.

En este sentido, dentro de las muchas acepciones que existen, se encuentran por ejemplo la de Recuerda Girela quien expresa que el principio de precaución es “una fórmula para afrontar los riesgos inciertos o un instrumento de actuación de los poderes públicos ante situaciones de incertidumbre científica de relevancia social”³³.

Por su parte, Christoforou señala que “el principio de precaución se aplica a la regulación del riesgo y de la incertidumbre científica. Permite a las autoridades realizar acciones o adoptar medidas para evitar, eliminar o reducir los riesgos para la salud, el medio ambiente, o en los lugares de trabajo. El principio de precaución puede también obligar a las autoridades a actuar cuando sea necesario para evitar exceder el nivel de riesgo aceptable”³⁴.

esta misma línea, Harremoës ha afirmado que el principio de precaución es una “regla general para las decisiones públicas para usarla en situaciones de amenazas para la salud o el medio ambiente potencialmente serias e irreversibles, para los casos en los que existe una necesidad de actuar para reducir los peligros potenciales antes de que exista una fuerte prueba de daño, teniendo en cuenta los costes y beneficios posibles de la acción y de la inactividad”³⁵.

A su vez, otro autor señala que este principio “faculta a los órganos públicos- Gobiernos, Administraciones, Tribunales- para que, en situaciones de incerteza, puedan adoptar decisiones

³² Gracias al avance de la ciencia y la tecnología se ha logrado grandes descubrimientos en la industria alimentaria, farmacológica, en el sector medio ambiental, entre otros.

³³ RECUERDA GIRELA, M. *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Op. Cit.* Pág. 35.

³⁴ CHRISTOFOROU, T. *El principio de precaución, evaluación de riesgos, y el papel comparativo de la ciencia en la Comunidad Europea y los sistemas judiciales de Estados Unidos.* Cambridge.2004. Pág. 17.

³⁵ HARREMOËS, P. *El principio precautorio en el siglo 20.* Earthscan Publications Ltd., Londres, 2002. Pág. 4.

fundadas en el principio de precaución y que difícilmente podrían adoptar de otra manera”³⁶.

Asimismo, Rebollo y Carrasco mencionan que el principio de precaución “es una regla para tomar decisiones ante determinados supuestos de hecho. En concreto, el presupuesto de hecho del principio de precaución- esto es, aquel en que, de regir este principio, procede su invocación y aplicación- es la existencia de incertidumbre científica sobre la relación de causalidad, en sentido amplio, entre un fenómeno y un daño. Por lo general, se trata de un riesgo debido a la aplicación de los avances tecnológicos y, con frecuencia, de riesgos, a largo plazo que plantean más intensamente las dificultades para comprobar si son reales o ficticios”³⁷.

Del mismo modo, Esteve Pardo respecto al principio de precaución manifiesta que existen dos acepciones muy diferentes entre sí que conviene diferenciar. La primera de ellas, “lo contempla como principio inspirador de la legislación y de la actuación de poderes públicos, señaladamente de las Administraciones, cuando entran en contacto con sectores de riesgo para bienes muy sensibles y particularmente protegidos como la salud o el medio ambiente”³⁸. Lo relevante entonces serán las normas y actuaciones administrativas quedando el principio precautorio como un elemento inspirador carente de sustantividad propia para operar³⁹. La segunda concepción, a la que se ciñe el autor por considerarla como la concepción más trascendental del principio, se refiere a la “configuración sustantiva del principio de precaución que le habilita para operar- y, sobre todo, para decidir- por sí solo. La decisión que se adopta entonces por el poder público se funda directa y exclusivamente en el principio de precaución, que deja de ser un mero principio, uno más, inspirador u orientador,

³⁶ESTEVE PARDO, J. “Ciencia y derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”. *Revista de Documentación administrativa*. Disponible en <http://revistasonline.inap.es>. Consultada el 20 de enero del 2015.

³⁷REBOLLO PUIG, M; IZQUIERDO CARRASCO, M. “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”. *Revista de documentación administrativa*. Disponible en <http://revistasonline.inap.es>. Consultada el 20 de enero del 2015.

³⁸ESTEVE PARDO, J. *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2009. Pág. 21.

³⁹Esta es la concepción original acuñada por la sistemática del Derecho Medioambiental Alemán.

para convertirse en el único elemento decisorio, en la única *ratio decidendi*”⁴⁰.

En adición, Kourilsky⁴¹, ha indicado que “la precaución consiste en la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud, y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre estados. Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible”⁴².

Igualmente, Zlata Drnas refiere que el principio de precaución consiste “en una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial de riesgo dudoso afrontado”⁴³. En este sentido, lo que se pretende es evitar que el Estado cometa imprudencias al permitir actividades que eventualmente puedan producir daños como consecuencia de la diligencia insuficiente o nula en el obrar del mismo.

⁴⁰ ESTEVE PARDO, J. *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Op. Cit. Pág. 28.

⁴¹ KOURILSKY, P. Citado por DRNAS DE CLÉMENT, Z. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Lerner Editora S.R.L. Córdoba. 2008. Pág. 28.

⁴² Tal conceptualización resulta muy útil puesto que permite identificar no solo a los sujetos sino también las obligaciones normativas, surgiendo, por ello, la aplicabilidad y la obligación de actuar como partes sustanciales del principio lo que alcanza a todos los poderes del Estado, y demás autores. Cfr. *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

Como puede observarse, son muchas las definiciones aportadas por estudiosos del Derecho, que en ciertos casos, resultan alejadas unas de las otras. En este sentido puede entenderse la gran dificultad que reviste el intento de llegar a un concepto unitario del principio en estudio. En este orden de ideas, es que la doctrina, en su intento por idear algún tipo de sistema que ayude a clasificar las diferentes posiciones doctrinales con miras a conseguir un horizonte más claro de lo que el principio de precaución es, distingue entre una versión maximalista o sentido fuerte, y una versión minimalista o sentido débil⁴⁴. La primera se caracteriza por defender un principio de inacción en el que hay inversión de la carga de la prueba, por los costos económicos que no son oponibles a los costos ambientales, también por la licitud de la fijación de un nivel de riesgo cero, donde la acción pública puede darse en condiciones de ignorancia científica y la precaución se configura como un principio general de Derecho. Contrario sensu, la segunda, niega todo lo precedentemente mencionado y propone la existencia de un principio aplicable únicamente en caso de riesgo inminente de graves daños irreversibles, evaluando los costes económicos de tal manera que el costo concerniente a la adopción de medidas precautorias no supere el monto destinado previamente para tal fin. Esta última concepción, sin embargo, supone un principio precautorio sin sustantivada ni efectividad práctica, dejándolo como un envoltorio sin contenido. Es por ello, que esta distinción suele criticarse mucho puesto que una visión minimalista del principio precautorio conlleva en una negación del mismo por lo que se caería en contradicciones insubsanables que lograrían traer abajo las bases de esta clasificación.

Existe también un sector de la doctrina que apunta hacia la insubsistencia misma del principio, despojándolo de toda relevancia y alegando que el mismo resulta inútil y extremista puesto que impide el progreso del comercio mundial, atenta contra la libertad de los consumidores e incluso atenta contra los avances de la ciencia y la tecnología. Otros, incluso proponen principios alternos que podrían sustituir la aplicación del principio precautorio como es el caso de Wildavsky, que propone el principio de

⁴⁴EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. *Op. Cit.* Pág.131.

elasticidad referido a la capacidad de la naturaleza y la sociedad para soportar fuertes shocks por lo que los eventuales peligros serían menores. Tal posición resulta insostenible debido a que no puede decidirse en abstracto que un ecosistema o una sociedad determinada sea o no resiliente⁴⁵.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que es necesario determinar una definición global que ayude a comprender la importancia que reviste el principio precautorio a efectos llegar a una correcta y adecuada protección no solo del medio ambiente sino también de la salud y vida humana. Muchos autores, como ya se ha visto, se han esforzado por elucubrar una idea de lo que es el principio en estudio logrando acercarse, unas veces, y alejarse, otras, de lo que en realidad significa. Considero que el mejor ejemplo de lo que este principio implica se encuentra en las definiciones emitidas por juristas del derecho comunitario puesto que es a partir de la práctica obtenida a lo largo de los años lo que ha ayudado a la Unión Europea a construir una noción mucho más completa del principio precautorio. Para ello, será indispensable tener en cuenta no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia y, sobre todo, las normas comunitarias que regulan ese principio, lo que se analizará en capítulos siguientes.

⁴⁵ Este principio se encuentra asociado a la resiliencia, la misma que se encuentra definida como la capacidad de un sistema de tolerar una perturbación sin desvirtuarse y pasar de un estado cualitativamente diferente, normalmente no deseado. La resiliencia en los sistemas sociales comprende la capacidad de los seres humanos de prever y planificar para el futuro, y de adaptarse a condiciones inevitables e imprevistas. Cfr. COMISION MUNDIAL DE ETICA DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICOS Y DE LA TECNOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de grupo de expertos sobre el principio precautorio*. Naciones Unidas. UNESCO. Paris. 2005. Pág. 25. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/>. Consultado el 20 de enero del 2015.

1.2.2. La finalidad del principio precautorio respecto al medio ambiente

Para poder entender la finalidad del principio precautorio es necesario primero comprender la relevancia que reviste el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

El constante deterioro que ha venido sufriendo el medio ambiente y la alarma por el desarrollo económico sin límites, ha generado preocupación global en las sociedades, ante lo cual surge la necesidad de buscar mecanismos e instrumentos que lo protejan tanto a nivel internacional como regional y nacional. La gravedad de tales repercusiones se hace más evidente cuando se incluye al ser humano dentro del medio ambiente perjudicado por lo que el menoscabo del mismo, siempre termina afectando al ser humano en sus diversos aspectos.

Dentro de este contexto es que nace el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado puesto que es la persona la que se desarrolla y desenvuelve en dicho medio. En virtud de ello, resultaría lógico afirmar la existencia de una vinculación indisoluble de éste con el derecho a la vida y a la salud, inherentes a toda persona; es decir que, siendo el derecho a gozar de un ambiente saludable, un derecho de tercera generación⁴⁶ o de solidaridad, encontraría su fundamento en los derechos de primera generación⁴⁷. Por tanto, se estaría ante un derecho individual, colectivo y universal, con características que pueden emanar de los derechos civiles y políticos así como también con otras que provienen de los derechos económicos, sociales y culturales y los demás de tercera generación⁴⁸.

En este sentido, el derecho humano a vivir en un ambiente sano debe ser considerado como un requisito y fundamento para el ejercicio de los restantes derechos humanos, por lo que, en palabras

⁴⁶ Como lo son el derecho a la paz, al desarrollo y al patrimonio común de la humanidad.

⁴⁷ Como son la vida, salud, la integridad física, entre otros.

⁴⁸ BENGLIO VALDES, M. "Derecho humano a un medio ambiente sano". *Revista de la Universidad de Montevideo*. Año XV N° 28. Montevideo. 2015. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy>. Consultado el 15 de enero del 2015.

del doctor Andaluz⁴⁹, el medio ambiente sano constituiría una condición *sine qua non* de la propia vida por lo que ningún derecho podría ser ejercido en un ambiente degradado.

Dentro de este contexto, se levanta el principio precautorio como un instrumento orientado a la protección y preservación de la vida y salud humana y, por consiguiente, del medio ambiente; de los riesgos que entraña la actividad humana mediante el ejercicio de un control anterior al daño.

Por esa razón, ofrece un enfoque racional de la gestión satisfactoria y éticamente justificada de los riesgos inciertos para la salud pública, la sociedad o el medio ambiente. Apunta a utilizar lo mejor de la ciencia de los sistemas de los procesos complejos a fin de adoptar las decisiones más sabias. En este sentido, el principio ha de complementar, pero no reemplazar necesariamente, las demás estrategias de gestión que distan mucho de ser capaces de enfrentar la incertidumbre y la ignorancia científicas en gran escala: “Cuando la actividad humana pueda conducir a un daño moralmente inaceptable que sea científicamente plausible pero incierto, deberán adoptarse medidas para evitar o disminuir ese daño”⁵⁰.

1.2.3. Características

A raíz de todo lo expuesto hasta ahora puede observarse una serie de características o peculiaridades que envuelven al principio precautorio.

- a) Es casuístico puesto que se debe aplicar en función del análisis caso por caso. Al ser un principio, no podría aplicarse inmediatamente a una serie de situaciones que puedan ser definidas en base a un supuesto de hecho genérico sino que requiere de un juicio de ponderación.

⁴⁹ ANDALUZ WESTREICHER, C. *Manual de derecho ambiental*. Iustitia. Lima. 2011. Pág. 574.

⁵⁰ COMISION MUNDIAL DE ETICA DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICOS Y DE LA TECNOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del grupo de expertos sobre el principio precautorio*. UNESCO. París. 2005. Pág. 49. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org>. Consultado el 15 de enero del 2015.

- b) Tiene tendencia a reducir la incertidumbre lo que implica que debe recolectarse toda la información disponible y ordenar que se sigan llevando a cabo todas las investigaciones necesarias para obtener toda la información que sea posible. En este sentido, se puede solicitar información a empresas, realizar consultas a centros científicos especializados, ejecutar pruebas y cualquier otra medida que considere adecuada para dicho fin.
- c) Es proactivo puesto que existe un traslado de riesgo de la duda cuando hay un riesgo de daño ambiental, que recaerá sobre el promotor de la actividad.
- d) Es un mandato de optimización puesto que se trata de un principio y como tal exige que las personas orienten su conducta de modo precautorio.
- e) Genera una obligación de previsión extendida y anticipatoria, en base a su carácter proactivo.
- f) Traslado de riesgo del error científico, lo que quiere decir que el principio precautorio traslada el riesgo a la actividad y señala que es preferible equivocarse regulando que no regulando.
- g) Traslado del riesgo de la demora en actuar. El principio precautorio compara los costos de la demora con los de la conducta proactiva y postula que siempre es menos grave actuar que demorar en hacerlo.
- h) La aplicación del principio debe hacerse de modo dinámico y adaptativo por lo que no habrán decisiones definitivas ya que siempre podrán ser revisadas total o parcialmente.
- i) Traslado del riesgo del desarrollo, lo que significa que si la actividad o producto autorizado causa daño, será responsable el titular de la actividad o del producto. Aquí el principio precautorio se aplica en la fase posterior a la aprobación de la actividad cuando se detecten efectos adversos no conocidos con anterioridad.

1.3. Naturaleza jurídica del principio precautorio

1.3.1. El principio precautorio en los Convenios Internacionales

Hasta el momento, existe un debate abierto respecto a la naturaleza jurídica otorgada al principio precautorio y ello se debe a que en la mayoría de textos jurídicos que lo recogen, no se llega a precisar el alcance vinculatorio del mismo. En este orden de ideas es que algunos lo consideran como una regla general de Derecho de observancia obligatoria para todos aquellos casos donde la norma especial no lo prevea, y otros lo consideran como una regla interpretativa de normas generales o particulares.

Como ya se ha expresado en apartados anteriores, existen muchas normas internacionales que acogen el principio de precaución dentro de su contenido ya sea en su articulado o en su preámbulo. Muchas de estas normas son consideradas dentro de lo denominado como *soft law*⁵¹ o de contenido no vinculante como lo es la Declaración de Nairobi de 1982 o la Declaración de Río de 1992, que adoptan la precaución como un criterio interpretativo. Ello puede observarse a partir de la forma en que se encuentra expresado el principio en cada uno de estos instrumentos internacionales.

Asimismo, existen otros instrumentos jurídicos como son los Convenios Marco, que, en su momento, resultaron muy útiles para la difusión internacional de la idea de precaución. En este contexto se enmarcan el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Convenio sobre Cambio Climático, entre otros. Generalmente este tipo de textos prevén normas de ejecución donde el principio de precaución no se desarrolla, lo que deriva en la imposibilidad de su aplicación práctica. Sin embargo, ello no resulta en vano puesto que hay autores que señalan que la regulación de principios no vinculantes dentro de este tipo de tratados constituye una primera etapa en la elaboración de reglas vinculantes.

⁵¹ Se refiere a aquellos dispositivos legales que no contienen verdaderas obligaciones para las Partes. Para que una disposición tenga carácter de *hard law* es necesario que en el instrumento legal quede establecido el comportamiento positivo a seguir por parte del sujeto obligado y que en el sistema jurídico se encuentre fijada las previsiones debidas en caso de incumplimiento de lo estipulado.

A su vez, también existen tratados que acogen el principio precautorio y lo revisten de obligatoriedad para las partes. Lamentablemente este tipo de textos internacionales, en su mayoría, no logran brindar un concepto satisfactorio que permita su implementación.

De lo expuesto, se concluye que existe un valor normativo diferente para cada uno de los muchos textos internacionales que adoptan este principio: algunos con carácter vinculante, otros como un simple criterio de interpretación y otros meramente como criterio de difusión. Y que cada una de estas consideraciones, se ha dado en atención a la forma de cómo ha sido enunciado el criterio en cada uno de dichos textos.

1.3.2. El principio precautorio en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia.

Resulta imprescindible conocer cuál es el valor normativo que otorga el Tribunal Internacional de Justicia⁵² al principio precautorio en atención a las diversas situaciones sometidas a su competencia contenciosa. En concreto, existieron dos casos importantes referidos a este tema y que, si bien en su momento mostraron su reserva respecto al principio, hoy son fuente de muchos estudios. Es así que por un lado se tiene el asunto de los residuos nucleares franceses (Nueva Zelanda contra Francia)⁵³ y,

⁵² La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Está encargada de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que pueden serle sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU. Disponible en <http://www.icj-cij.org/>. Consultada el 22 de enero del 2015.

⁵³ En su demanda, presentada el 9 de mayo de 1973, Nueva Zelanda solicitó ante la Corte se declare la ilegalidad de los ensayos nucleares que ejecutaba Francia en el Océano Pacífico y que, por tanto, el gobierno demandado cesará dichos ensayos. Con fecha 22 de junio de 1973, la Corte dictó una Providencia donde emitió medidas provisionales mientras se daba el fallo definitivo. Tales medidas consistían en que tanto Francia como Nueva Zelanda se abstuvieran de realizar actos que agravaran o ampliaran la controversia sometida a su competencia o menoscabar los derechos de la parte contraria a obtener la ejecución del fallo que la Corte pudiera dar respecto al caso; y que Francia se abstuviera de realizar ensayos nucleares atmosféricos que provocaran un depósito de precipitación radioactiva en territorio neozelandés. El fallo se dictó el 20 de diciembre de 1974 y resolvió que la demanda incoada por Nueva Zelanda carecía de

por el otro, el asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)⁵⁴.

En el primero de ellos, la Corte Internacional de Justicia, rechazó la demanda presentada en agosto de 1995 por Nueva Zelanda⁵⁵, por cuestiones de procedimiento, por lo que no pudo pronunciarse sobre el principio precautorio, el mismo que era, en parte, fundamento de la demanda. En este proceso, el demandante pretendía que Francia se abstuviera de todas las acciones que pudiesen implicar, ya sea directa o indirectamente, contaminación radiactiva del medio marino. Por su parte, Francia, en sus descargos, afirmó que el principio precautorio, según el Derecho Internacional de aquél tiempo, era un principio incierto del que no se podía extraer que exigiese una inversión de la carga de la prueba.

En el asunto de Gabčíkovo-Nagymaros⁵⁶, fue Hungría quien alegó como justificación de su suspensión unilateral y posterior

objeto, alegando, para fundamentar ello, que la pretensión de Nueva Zelanda ya se había cumplido, por cuanto Francia había dejado de efectuar pruebas nucleares, desapareciendo así la controversia y, por tanto, el objeto de la reclamación. Del mismo modo, las medidas provisionales dictadas, siguiendo las mismas líneas del fallo, también carecían de objeto por lo que dejaron de ser operativas. Disponible en <http://www.iri.edu.ar/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁵⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso Gabčíkovo-Nagymaros. Hungría vs Eslovaquia. Emitida el 25 de septiembre de 1997. Disponible en <http://www.dipublico.org/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁵⁵ Con motivo de que Francia había anunciado que iba a realizar una última serie de ensayos nucleares en el pacífico meridional a partir de septiembre de 1995, Nueva Zelanda, con fecha 21 de agosto de 1995 solicitó ante la Corte realizar un examen respecto a dicha situación pidiendo, además, se aprueben una serie de medidas provisionales, entre las cuales destacaba la obligación de Francia, en virtud del principio precautorio, de realizar de manera previa a la ejecución de los ensayos nucleares, un estudio de impacto sobre el medio ambiente y demostrar que dicha actividad no provocaría daño alguno. Disponible en <http://www.iri.edu.ar/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁵⁶ Este conflicto se originó a partir de un Tratado celebrado el 16 de septiembre de 1977 entre Hungría y Checoslovaquia donde acordaron la construcción de un sistema de represas con dos compuertas; una en Gabčíkovo (Checoslovaquia) y otra en Nagymaros (Hungría). Por una serie de críticas al proyecto respecto su impacto en el medio ambiente, Hungría abandona los trabajos en 1989. Checoslovaquia le propuso al Gobierno Húngaro la Variante C, como solución para retomar los trabajos, dicha solución implicaba el cambio del curso de agua en forma unilateral por parte de

retirada del Tratado de 1977 con la República Checa sobre la construcción del sistema de presas, la aparición de nuevas normas de Derecho internacional de medio ambiente, entre ellas el principio de precaución⁵⁷. En su planteamiento, el gobierno húngaro proponía combinar el principio de precaución con la obligación de no causar daño al medio ambiente de otros países. Para ello, el Estado que se proponía llevar a cabo una actividad peligrosa tenía la obligación de demostrar que ésta no tendría efectos nocivos y si así fuera, ese Estado debía modificar o abandonar el proyecto. Eslovaquia, por su parte, estimó que Hungría no había probado que el principio de precaución formaba parte del Derecho Internacional y que, solo demostró que era un principio rector.

En este caso, el Tribunal aceptó y reconoció la existencia de dichas normas pero les negó el carácter de *jus cogens* y no se detuvo a examinar su estatuto jurídico. Sin embargo, reconoció la importancia de la vigilancia y de la prevención en materia de medio ambiente y la dificultad de aplicar en este ámbito los mecanismos reparadores debido al carácter irreversible de los daños, así como la necesidad de la evaluación de unos riesgos ecológicos conforme a normas actuales y de forma continua, es decir, solo se pronunció sobre la observancia del principio de prevención, que sí poseía carácter vinculatorio.

En la mayoría de casos que se han presentado ante la CIJ, existen a su vez, opiniones individuales y disidentes de sus jueces. A manera de ejemplo, en el caso de los residuos nucleares franceses, el juez Ch. G. Weeramantry, señaló, en su momento y de manera entusiasta que el principio precautorio se había incorporado al Derecho internacional general, pero no logró otorgar sustantividad jurídica al mismo, puesto que no se realizó un estudio y análisis exhaustivo del mismo. En el caso Gabčíkovo-

Checoslovaquia, siempre dentro de su territorio. En su último estadio la Variante C implicaba la construcción de una barrera divisoria de aguas en el Danubio y de un dique. Sin embargo, ello no impidió que ambos gobiernos discutan y en mayo de 1992, Hungría remitió al Gobierno Eslovaco una nota verbal poniendo fin al Tratado de 1977. Disponible en <http://www.dipublico.org/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁵⁷ EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Op. Cit. Pág. 153.

Nagymaros, el juez Koroma adujo que el Tratado de 1977 contenía la mayor parte de los imperativos existentes en el campo del medio ambiente, entre ellos, el principio precautorio, considerando además que no se violó ninguno de los principios medio ambientales por lo que ello no podría utilizarse como justificación para dar por terminado el Tratado unilateralmente.

1.3.3. El principio precautorio en la práctica de la OMC

Dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio⁵⁸, los textos normativos más importantes en relación al principio de precaución son el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias⁵⁹, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio⁶⁰ y el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio⁶¹, siendo el más importante de ellos el mencionado en primer lugar debido a que es en éste donde la Organización Mundial del Comercio plasma la necesidad de encontrar un equilibrio apropiado

⁵⁸ Es la única organización internacional que se ocupa de las normas globales que rigen el comercio entre los países. Su principal función es garantizar que las corrientes comerciales circulen con la máxima fluidez, previsibilidad y libertad posibles. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁵⁹ Entró en vigor junto con el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio el 1º de enero de 1995. El Acuerdo se refiere a la aplicación de reglamentaciones en materia de inocuidad de los alimentos y control sanitario de los animales y los vegetales. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶⁰ Su objetivo es impedir que se adopten reglamentos técnicos, normas y procedimientos de prueba y certificación que levanten obstáculos innecesarios al comercio. El Acuerdo prevé igualmente que los miembros de la OMC pueden aplicar medidas para alcanzar objetivos normativos legítimos, tales como la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente. Cada país puede adoptar reglamentos técnicos y normas diferentes, lo cual puede ser un inconveniente para los productores y los exportadores. El Acuerdo recomienda firmemente que los miembros utilicen las normas internacionales y establece medidas de transparencia, para que las condiciones de comercio sean previsibles. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶¹ El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) abarca el comercio internacional de mercancías. El funcionamiento del Acuerdo General es responsabilidad del Consejo del Comercio de Mercancías (CCM) que está integrado por representantes de todos los países Miembros de la Organización Mundial del Comercio. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

entre las reglas de comercio y las medidas de protección de la salud y seguridad alimentaria de las personas⁶².

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, contiene tres disposiciones que recogen el principio de precaución: el párrafo 6 del Preámbulo⁶³, el artículo 3.3⁶⁴ y el artículo 5.7⁶⁵, siendo este último no sólo el más relevante, sino también el más debatido en el marco del Órgano de Solución de Diferencias. Ello se debe a que engloba los elementos que caracterizan al principio, en primer lugar, que se trate de un peligro grave e irreversible para la vida y salud de las personas y de los animales, o para la preservación de los vegetales; en segundo lugar, que no se

⁶² OANTA, G. *El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización Mundial de Comercio*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. 2008. Disponible en <http://ruc.udc.es/>. Consultado el 21 de enero del 2015.

⁶³ Dispone que “deseando fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, entre ellas la Comisión del Codex Alimentarios, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, sin que ello requiera que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶⁴ Señala que “los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶⁵ Este artículo reza de la siguiente manera: “Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

disponga de suficientes datos científicos pertinentes; en tercer lugar, que la medida adoptada sea proporcional con el daño que se produciría si no se aplicara este principio; y, en cuarto lugar, que la medida adoptada sea revisada sobre la base de los nuevos datos científicos en un plazo razonable. Dichos elementos deben presentarse cumulativamente, caso contrario se infringiría el artículo 5.7 del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitaria.

En este sentido, la aplicación de tal artículo constituye una de las bases que inspiran la configuración del principio de precaución en la Comunidad Europea, puesto que dicho artículo permitirá a los Estados miembros adoptar medidas provisionales cuando los testimonios y pruebas científicas pertinentes fueran insuficientes.

Al respecto, si bien el Órgano de Apelación de la OMC⁶⁶ ha reconocido la existencia de la precaución en su texto, a partir de su lectura podría inferirse la existencia de una aparente contradicción entre el principio y la obligación general contenida en los artículos 5.1 y el 2.2⁶⁷ del mismo cuerpo normativo.

⁶⁶ El artículo 17.1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, establece que “El Órgano de Solución de Diferencias establecerá un Órgano permanente de Apelación. El Órgano de Apelación entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso (...)”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶⁷ Según el artículo 5.1 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias: “los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes”. El artículo 2 párrafo 2 del mismo acuerdo menciona lo siguiente: “Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

La contradicción se basaría en que mientras que ambos artículos establecen la necesidad de que la medida adoptada por el Estado miembro se encuentre basada en prueba o testimonio científico, el artículo 5.7 del Acuerdo establecería la opción de adoptar una medida aun cuando no se cuente con tal prueba o información científica suficiente.

En virtud de la correcta interpretación aportada a raíz del caso de las “Hormonas”⁶⁸, es necesario mencionar que tal discordancia en realidad no existiría puesto que el artículo 5.7 representa una excepción a los artículos 2.2 y 5.1⁶⁹ del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Ello se debe a que el artículo 2.2 de dicha norma contiene obligaciones básicas cuya aplicación especial sería lo que se encuentra comprendido en el artículo 5.1⁷⁰ de la misma.

Asimismo, el Órgano de Solución de Diferencias ha fijado como regla que para invocar lo establecido en el artículo 5.7 del Acuerdo, será necesario observar además de la concurrencia de todos sus elementos, el cumplimiento de tres requisitos. El primero de ellos señala que la medida sea necesaria en una situación en la que las informaciones científicas sean insuficientes. La segunda

⁶⁸ Se refiere al proceso que las Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos, donde las Comunidades Europeas prohibieron las importaciones de carne y productos cárnicos derivados de ganado bovino al que se le hubiese administrados una serie de hormonas prohibidas para el crecimiento. Disponible en <http://www.sice.oas.org/>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁶⁹ Ello se debe a que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias dispone que la decisión de emplear las disposiciones del Acuerdo en lo referido al principio de precaución a la hora de elegir un nivel de protección pertenece solamente a los miembros de la OMC que, al mismo tiempo, también tienen el deber de fundamentar su actuación sobre principios científicos y sobre la base de “testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

⁷⁰ El Órgano de Apelación establecido en la controversia de las “Hormonas” confirmó esta interpretación y, además, considero que el art. 2.2 y el art. 5.1 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias deberían interpretarse conjuntamente, ya que “el párrafo 2 del artículo 2 inspira al párrafo 1 del artículo 5: los elementos que definen la obligación básica establecida en el párrafo 2 del artículo 2 dan sentido al párrafo 1 del artículo 5”. De ahí en adelante las resoluciones del órgano de Solución de Diferencias mencionaran conjuntamente a los arts. 2.2 y 5.1 del Acuerdo. Disponible en <https://www.wto.org>. Consultado el 20 de enero del 2015.

refiere que su adopción tenga como fundamento los informes científicos disponibles. Por último, que el establecimiento de las medidas sea condicional a la obligación del Estado de investigar y obtener informes científicos que permitan una evaluación más objetiva del riesgo, y siempre con carácter temporal y sujeto a revisión.

Como se mencionó en un inicio, el artículo 5.7 es el más debatido en el marco de la OMC, y ello se debe a la diferente concepción que le ha brindado esta organización al principio de precaución, puesto que, a tenor de lo dispuesto en ese apartado, el principio se activaría cuando existan “testimonios científicos pertinentes insuficientes” y no cuando haya incertidumbre científica, como lo establece el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología, que ha sido ratificado por todos los miembros de la OMC.

Lamentablemente, aun no se han dado mecanismos que logren dilucidar todas aquellas controversias comerciales que podrían surgir debido a la diferente regulación que existe del principio que se ha expresado tanto en el Protocolo de Cartagena como en la regulación de la OMC relativa a la protección y seguridad alimentaria.

Resulta preciso añadir que existen otras discusiones que se han dado en el seno de la OMC respecto al principio en estudio como sucedió cuando se introdujo la Comunicación de la Comisión Europea⁷¹ relativo el principio precautorio en el año 2000. El Comité del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias participó en el debate donde los países desarrollados y en vías de desarrollo, mostraron su preocupación por la forma cómo se encontraba regulado el principio precautorio en dicha comunicación. El temor de dichos países recaía en las consecuencias negativas que acarrearía la aplicación amplia del principio de precaución tal y como lo establecía la comunicación: incertidumbre respecto al acceso al mercado, lento y obstaculizado camino al desarrollo científico, entre otros.

⁷¹ Promulgada el 2 de febrero del año 2000 por la Comisión.

En virtud de ello, puede observarse la dificultad que rodea la aplicación del principio precautorio en la OMC por lo que la tendencia actual es rechazar la aplicación directa tal principio o entrar en debate respecto al valor jurídico que le reviste subsistiendo la necesidad de encontrar un equilibrio entre las reglas de comercio y las medidas de protección a la salud y seguridad alimentaria.

1.4. Elementos del principio precautorio

Si bien es cierto, el principio precautorio ha servido de herramienta para la protección de la vida y salud humana como también del medio ambiente ante un posible daño en un marco de incertidumbre científica, conviene precisar que su invocación no puede caer en arbitrariedades, es decir no podrá ser aplicado ante cualquier tipo de incertidumbre.

En este contexto, surge la necesidad de señalar qué requisitos o elementos deberán reunirse para que este principio pueda ser utilizado. Ello puede lograrse gracias a las normas y tratados que lo han acogido los cuales se deberán analizar en su conjunto a efectos de extraer los elementos generales que configuran a este principio.

1.4.1. Peligro de daño grave o irreversible

El primero de los elementos que puede encontrarse en la mayoría de los tratados y convenios que lo recogen es el potencial daño al que se ven expuestos los derechos a la vida y salud de las personas así como el medio ambiente.

En esta misma línea, cuando se habla de un daño hace referencia netamente al daño ambiental el mismo que ha sido definido como: “todas las lesiones o amenazas de lesiones perjudiciales a la propiedad (privada o pública) o al patrimonio ambiental, con todos sus recursos naturales y culturales integrantes, degradados, descaracterizados o destruidos individualmente o en conjunto”⁷². Asimismo, se ha señalado que el daño ambiental existe

⁷² BARREIRA CUSTODIO, H. citado por DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*. Lerner Editora SRL. Córdoba. 2008. Pág. 54.

“cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente”⁷³.

Ahora bien, existen muchas objeciones que se han planteado entorno a este primer elemento. La primera de ellas expone la falta de determinación en cuanto a la gravedad del daño para iniciar medidas precautorias. En segundo lugar se plantea que existe contradicción entre la exigencia de un hecho comprobable, como lo es el peligro de daño grave, y la exigencia de que deba ser paralelamente incierto. Por último, que la pluralidad de vocablos utilizados en diversos textos internacionales, cuyos significados son diferentes entre sí, dificulta una adecuada comprensión de lo que el daño ambiental implica.

Para superar tales críticas, un sector de la doctrina ha optado por entender al principio precautorio como una regla y no como principio en sí mismo⁷⁴. No obstante, en opinión de Zlata Drnas, ello resulta imposible debido a la naturaleza flexible del principio lo que le permitiría medir el peso concreto de cada caso, a diferencia de una regla que es mucho más rígida y cuya aplicación se exige de manera general. De este modo, dicho carácter flexible convertiría al principio en estudio en la herramienta adecuada para proteger el ambiente y la salud en situaciones de incertidumbre.

En virtud de ello, no sería apropiado requerir que se determine que tan grave debe ser el daño ni cuáles serían los elementos probatorios, ni habría que suponer que existe contradicción entre la exigencia de hecho comprobable que tenga que ser a la vez incierto para aplicar el principio.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Ello quiere decir que mientras los principios son conceptos jurídicos indeterminados, que no describen un supuesto de hecho, lo que se necesita es que el principio se convierta en regla, entendida la misma como un mandato que contiene permisiones o prohibiciones que son aplicables a un supuesto delimitado con precisión.

En esta misma línea de ideas, cuando se menciona la gravedad que debe revestir al daño, como elemento para la aplicación del principio, la doctrina considera necesario entender al principio de precaución en dos niveles diferentes entre sí; así por un lado, el primer nivel comprendería una situación donde prima el temor respecto a actividades que puedan causar daños graves, irreversibles y catastróficos al medio ambiente. En este supuesto la aplicación del principio impone la proscripción de tales actividades hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro. Habría entonces una exigencia hacia el Estado de aplicar de manera obligatoria el principio precautorio en estos casos, como si de un deber se tratase.

Por su parte, el segundo nivel estaría referido a las actividades que se supone podrían resultar peligrosas para la conservación y preservación del ambiente para cuyo caso la aplicación del principio deja libertad al estado para que adopte medidas más o menos flexibles o exigentes que permitan reducir al mínimo eventuales perjuicios sospechados atendiendo a un criterio de costo-beneficio social percibido. Es decir, en este nivel quedaría a libertad del estado intervenir de acuerdo al grado de riesgo y/o seguridad considerado como tolerable para la sociedad sin perjuicio de los principios, normas a observar y la política ambiental diseñada por el Estado.

Resulta preciso también señalar que el daño ambiental se caracteriza por seis cosas fundamentales: a) afectar bienes comunes de la sociedad así como bienes subjetivos de los individuos; b) exteriorizarse lenta u acumulativamente, no siendo detectable de inmediato; c) acarrear efectos distintos de los esperados; d) tener efectos directa o indirectamente transnacionales; e) resultar imposible dar por probada científica e indubitadamente la relación entre causa eficiente y consecuencia; f) resultar difícil o imposible lograr la recomposición integral del daño⁷⁵.

⁷⁵ DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*. Lerner Editora SRL. Córdoba. 2008. Pág. 58.

A ello, Vázquez García⁷⁶, agrega que se trata de un daño de naturaleza irreversible y colectivo puesto que puede presentar una pluralidad de autores, víctimas o de ambos; que además es consecuencia de procesos tecnológicos y que carece de espacialidad determinada.

Dentro de estas características, Blanco Lozano⁷⁷, resalta el carácter circunstancialmente irreparable que rodea al daño ambiental puesto que la reparación del mismo encuentra una dificultad insubsanable es su misma imposibilidad⁷⁸.

Del mismo modo, Lorenzetti⁷⁹ señala que lo importante sería la gravedad que reviste al daño puesto que el principio precautorio no actúa frente a cualquier tipo de situaciones, sino en casos extremos donde exista la necesidad de hacerlo porque los daños serán irreversibles. Por ello la regla a seguir estaría en la línea de prevenir antes que resarcir o recomponer antes que indemnizar.

Con respecto a lo previsto en diferentes instrumentos jurídicos, se exige que, para adoptar medidas precautorias que prohíban actividades o que establezcan grandes limitaciones para las mismas, el daño que se teme resulte además de grave, irreversible.

En este sentido, la Carta Mundial de la Naturaleza distingue dos niveles de respuesta conforme la gravedad de daño que se prevé. Por un lado el literal b) de su artículo 11 dispone que para el caso de actividades que acarreen grandes peligros para la naturaleza, deberá: i) realizar un examen de fondo de manera

⁷⁶ VÁZQUEZ GARCÍA A. *La Responsabilidad por daños al ambiente; Memorias del segundo encuentro internacional de Derecho Ambiental*. México. 2004. Pág. 12.

⁷⁷ BLANCO LOZANO, C. "Víctima y reparación en el delito ambiental". *Revista de Derecho Ambiental*. N° 18. 1997. Pág. 54.

⁷⁸ En efecto, hablar de reparación ambiental es en muchos casos una verdadera utopía, pues los efectos de una catástrofe nuclear, de una marea negra, de la extinción de una especie vegetal o animal, son irremediables. No estamos ante un simple perjuicio patrimonial, sino ante "mutilaciones del entorno vital", como establece acertadamente el autor señalado, en las que ya no cabe dar marcha atrás y las sanciones económicas se convierten en mera anécdota ante semejante catástrofe. Cfr. *Ibidem*.

⁷⁹ Cfr. LORENZETTI, L. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires. 2008. Pág. 87.

previa; ii) demostrar, por parte de los titulares de dichas actividades, que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan ocasionarse; iii) existencia prohibición de llevar a cabo dichas actividades mientras no se conozcan sus posibles perjuicios.

Por otro lado el literal c) del mismo artículo de la Carta establece que para el caso de las actividades que puedan perturbar la naturaleza se deberá cumplir con: i) evaluación previa de sus consecuencias; ii) realización de estudios de los efectos de los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; iii) planificación de actividades atendiendo a la necesidad de reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales.

Por su parte, el artículo 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁸⁰ obliga a los Estados a aplicar de manera amplia el principio de precaución lo que implica el deber de actuar ante peligros graves o irreversibles estimados que signifiquen la degradación del ambiente.

Del mismo modo, la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano⁸¹, concretamente en el punto sexto, hace referencia a la necesidad de un conocimiento más profundo y una acción más prudente con respecto a la capacidad destructiva que ha demostrado el hombre a lo largo de la historia sobre el medio ambiente⁸².

⁸⁰ La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, en junio de 1992. Disponible en <http://www.uhu.es>. Consultado el 21 de enero del 2015.

⁸¹ Esta Declaración fue emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio de 1972, donde asistieron 113 países y se debate por primera vez la problemática del medio ambiente haciendo resaltar la importancia del mismo para el ser humano y los demás seres vivos. Disponible en <http://www.un.org/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁸² Este apartado menciona: “hemos llegado a un momento de la historia en que debe debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que pueden tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio (...)”

Finalmente es preciso añadir que el estado solo puede asumir un riesgo siempre y cuando el posible daño no recaiga sobre un colectivo que exceda o que trascienda sobre aquello respecto al cual está habilitado a responder. Drnas de Clément⁸³, al respecto, señala que el derecho a definir el grado de riesgo admisible solo puede obrar frente a eventuales daños limitados que no comprometan bienes transfronterizos, ni los de las generaciones por venir.

1.4.2. Incertidumbre científica e indicios consistentes en amenaza

El segundo elemento a concurrir para la aplicación del principio precautorio es la incertidumbre científica que gira en torno al primer elemento. La misma, hace referencia al insuficiente aporte de la ciencia para conocer con precisión y de forma indubitable la existencia o no del potencial peligro o riesgo de una actividad dada⁸⁴.

Como bien señalaba Lorenzetti⁸⁵ la incertidumbre constituye el elemento clave en la distinción entre prevención⁸⁶ y precaución puesto que en la primera se actúa ante una amenaza o riesgo cierto que debe ser probada, mientras que en la segunda, la precaución actúa frente a una amenaza incierta o riesgo hipotético. En el caso del riesgo cierto la probabilidad de la existencia del daño se puede determinar empíricamente mediante estadísticas u otros medios, en el caso de riesgo hipotético no puede determinarse de ese modo.

⁸³ DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*. Lerner Editora SRL. Córdoba. 2008. Pág. 59.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Cfr. LORENZETTI, L. *Teoría del Derecho Ambiental. Op. Cit.*

⁸⁶ Tal principio se encuentra asentado bajo la idea de diligencia debida, es decir, constituye un deber jurídico u obligación vinculante para el estado de protección mediante la constante vigilancia y adopción de medidas preventivas en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción con el fin de garantizar que objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros. Este principio se basa en el buen gobierno puesto que el Estado debe adelantarse a los hechos y en caso de duda sobre la inocuidad de alguna actividad decide limitarla privilegiando las seguridades, dado el caso concreto, la preservación del medio ambiente.

En este sentido para determinar el tipo de riesgo será necesaria una evaluación⁸⁷ del mismo en base a la cual se definirá si se encuentra en un caso de certidumbre sobre el riesgo o incertidumbre sobre la existencia del mismo y la potencial peligrosidad de la actividad de que la deriva.

Cafferata⁸⁸ señala que la evaluación del riesgo resulta indispensable al momento de aplicar el principio puesto que constituye una de las bases del mismo junto con la identificación de efectos potencialmente peligrosos. Por tal razón es que considera a la evaluación de riesgo como un elemento más del principio junto con el daño grave e irreversible y la incertidumbre científica sobre el riesgo. No obstante, también reconoce la existencia de elementos accesorios a los esenciales anteriormente mencionados y que se refieren a la proporcionalidad de la medida adoptada y la exigencia de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de productos o actividades.

El origen de la incertidumbre sobre los riesgos puede recaer en criterios científicos referidos a la complejidad de los sistemas y el desconocimiento de los efectos sobre los mismos de un ingreso o egreso no natural; criterio modélico que alude a las variables seleccionadas en un sistema complejo para determinar las relaciones de causa-efecto; o fundamental que apunta a la

⁸⁷ Según el Anexo III de la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, El procedimiento de evaluación de riesgo se da en cuatro etapas: i) identificación del peligro referida a la determinación de agentes biológicos, químicos o físicos capaces de producir efectos nocivos sobre la salud humana como alergias, cánceres, deformaciones genéticas, etc o sobre el medio ambiente como contaminación; ii) caracterización del peligro que comprende la evaluación cuantitativa o cualitativa de la naturaleza del efecto dañoso real o supuesto sobre la salud o el medio ambiente; iii) evaluación de la exposición donde analiza cuantitativa o cualitativamente la eventual ingestión de alimentos dañosos o de la exposición a determinada sustancia de componentes del ambiente; iv) caracterización del riesgo que apunta a la estimación cualitativa o cuantitativa, tomando en cuenta las incertidumbres inherentes de las etapas anteriores, la probabilidad de la frecuencia y de la gravedad de los efectos negativos y de los daños conocidos y potenciales. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*. Bruselas. 2000. Pág. 29. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

⁸⁸ CAFFERATTA, N. *El principio precautorio*. Gaceta Ecología. México. 2004. Pág. 12

complejidad de un sistema único al que los modelos de análisis conocidos no le pueden ser aplicados⁸⁹.

El riesgo, entendido como exposición a un daño, que nos interesa para la presente investigación es el que se origina a raíz del avance tanto de las ciencias como de la tecnología. En esta misma línea, las sociedades se encuentran en un estado de sensibilidad hacia el riesgo debido a la ola de avances y descubrimientos en la industria alimentaria, farmacológica y sanitaria como también respecto a fenómenos inusuales que se han venido dando en el medio ambiente a lo largo del tiempo y que tiene implicancia en la salud humana y medio ambiental⁹⁰.

A tenor de lo expuesto la incertidumbre científica bastaría para colocarnos en el ámbito de aplicación del principio precautorio. Por su parte, Carlos Andaluz añade que además de la falta 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 del riesgo potencial con carácter grave o irreversible. En este sentido, cualquier interpretación que de modo simplista describa cualquier cambio en el ambiente como necesariamente dañino no puede ser aceptable⁹¹.

En esta misma línea Lorenzetti manifiesta ante la incertidumbre respecto a la existencia o no de daño grave o irreversible resulta necesario probar, al menos, la probabilidad de su ocurrencia caso contrario se estaría ante una actividad, producto, proceso inocuo que debería ser aprobado por la autoridad competente⁹². Asimismo, señala que, con relación al nexo causal, se debería al menos probar un escenario de ocurrencia de un daño grave lo que evitaría caer en un abuso del principio puesto que el

⁸⁹ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El Principio de Precaución Ambiental: La práctica argentina. Op. Cit.*, Pág. 11.

⁹⁰ A manera de ejemplo pueden mencionarse diferentes casos como las consecuencias de los accidentes químicos de Seveso (Italia), Bophal (India), Chernobyl (Ucrania), la crisis de las vacas locas; la contaminación de sangre con SIDA; el uso de telefonía móvil; los postes de alta tensión; las antenas para celulares; el agujero de ozono; el calentamiento global; etc.

⁹¹ ANDALUZ WESTREICHER, C. *Manual de derecho ambiental. Op. Cit.* Pág. 576

⁹² Cfr. LORENZETTI, L. *Teoría del Derecho Ambiental. Op. Cit.* Pág. 36.

mismo podría ser utilizado para impedir la aprobación y entrada en el mercado de productos, procesos o actividades bajo la premisa de que podrían acarrear daños en corto o a largo plazo.

1.4.3. Iniciativa institucional ante la incertidumbre

La actitud que adopte el Estado cuando se encuentre ante situaciones donde prime la incertidumbre respecto a la ocurrencia de un daño como resultado de, por ejemplo, la puesta en marcha de una actividad o la introducción de un nuevo producto al mercado que de alguna manera, ya sea directa o indirecta, afecte la salud humana o produzca algún cambio negativo para el ambiente, resulta indispensable para la protección de los bienes que el mismo tutela.

En este sentido, Andaluz menciona que : “le corresponde al Estado tomar decisiones ante la ausencia de pruebas o elementos científicos o ante la ignorancia de ciertas cuestiones referidas al comportamiento de la naturaleza y su vinculación con la actividad propuesta; es decir, acerca de la causalidad, magnitud, probabilidad o naturaleza del daño”⁹³.

En virtud de lo expuesto, el Estado no solo estaría en la obligación de intervenir ante tal situación sino que además tendría que anticiparse a la realización del mismo. Es por ello que deberá tomar en cuenta todas las consecuencias tanto positivas como negativas a efectos de llegar a una decisión adecuada y proporcionada.

Es preciso resaltar que, si bien aplicar el principio precautorio muchas veces conlleva a adoptar una decisión de actuar, puede también referirse a acoger la decisión de no actuar y ello se debe a una serie de medidas o acciones con las que cuentan los responsables políticos entre las cuales podría elegir al momento de recurrir al principio. Un ejemplo de dichas medidas estaría representado por la decisión de financiar un programa de investigación, o incluso la decisión de informar a la opinión pública en cuanto a los efectos potencialmente peligrosos de un producto o

⁹³ ANDALUZ WESTREICHER, C. *Manual de derecho ambiental*. Op. Cit. Pág. 576

de un método, pueden ser también actos inspirados por el principio de precaución⁹⁴.

En este contexto, la iniciativa institucional por parte del Estado significaría la proscripción de una actividad o, en caso que la misma haya sido aprobada, la gestión de riesgo consistente en un conjunto de medidas legislativas o de regulación⁹⁵ relativas a un riesgo considerado como aceptable. Es así que existen un abanico de medidas o acciones asociadas a este principio tales como la prohibición de actividades; el uso de márgenes de seguridad; restricciones al comercio; sustitución de productos; el control de emisiones en la fuente con exigencia de uso de tecnologías y procesos limpios; entre otros.

Para concluir la descripción de este tercer elemento es necesario señalar que si bien el Estado es el primer llamado a adoptar medidas o tomar decisiones (de actuar o no) en un marco de incertidumbre frente a un posible daño, también el titular de la actividad o el promotor del producto debería adoptar dicha actitud para eliminar o reducir cualquier sospecha de daño al medio ambiente o a la salud de las personas.

1.4.4. Análisis costo-beneficio de acción versus falta de acción

Como ya se había mencionado, el estado debe adoptar medidas de precaución, ya sean prohibitivas o limitativas, a efectos de salvaguardar derechos humanos ante posibles daños dentro de un marco de incertidumbre.

Al respecto cabe mencionar que la adopción de tales medidas o, en todo caso, la inacción, implica la realización de una evaluación de los costos y beneficios en los diferentes campos que puedan verse afectados con la producción del posible daño, teniendo siempre como límite infranqueable la afectación a bienes superiores.

⁹⁴ DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Op. Cit., Pág. 7.

⁹⁵ Dichas medidas son exigencias que se imponen a la actividad que se fundamentan en normas tanto nacionales como internacionales.

Ahora bien, el costo que implican tales medidas, muchas veces, resulta excesivamente oneroso por lo que habría países que no podrían costearlas. Es por ese motivo que suele criticarse el alto costo que demanda la implementación de medidas precautorias dado que no todos los países cuentan con los mismos incentivos económicos para ponerla en práctica ni base financiera para sustentarla⁹⁶.

Ante ello, se ha pensado como alternativas la creación de impuestos ambientales lo que sin embargo genera mucha polémica puesto que no podría asignarse un valor económico a daños potenciales sobre una base donde prima la incertidumbre científica. Para paliar, de algún modo, dicha crítica, la doctrina establece que debería fijarse un máximo que ayude a determinar un punto medio entre la aplicación de la acción precautoria y el tipo y grado de desarrollo que los Estados y las sociedades estén dispuestos a generar según actividades productivas, industriales, comerciales, de servicios, etc⁹⁷.

Respecto a los tipos de medidas precautorias (prohibitivas y restrictivas) a implementar, Andaluz señala que las mismas deben observar tres condiciones. En primer lugar, se trata de medidas proporcionales puesto que deben ser equiparadas con el nivel de protección deseado. Así en algunas situaciones se aplicara la prohibición, por ejemplo, de llevar a cabo la actividad o de introducir al mercado el producto, y en otras las medidas menos radicales (las restrictivas) serán las más adecuadas. En segundo lugar, las medidas deben ser no discriminativas lo que implica que deben ser aplicadas por igual ante situaciones similares a efectos de no caer en un uso abusivo del principio. Por último, las medidas deben tener carácter provisional y variable porque, en atención a su naturaleza cautelar, si se comprueba científicamente que el peligro de daño no es grave o irreversible, entonces la medida se levantará o modificará. Del mismo modo, si los indicios sustanciales indican

⁹⁶ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C. *Manual de derecho ambiental*. Op. Cit. Pág. 577.

⁹⁷ CARMONA, C. "El principio de precaución en el Derecho Internacional Ambiental". Publicado en *Revista de Derecho Ambiental y Ecología*. Repositorio UNAM. México, 2004. Pág.14. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>. Consultado el 2 de febrero del 2015.

la existencia de un mayor riesgo, se adoptaran medidas más severas.

1.4.5. Inversión de la carga de la prueba

Este último elemento exige que el titular de la actividad que se desea poner en marcha o el promotor del nuevo producto o proceso, sea quien asuma el deber de demostrar su inocuidad y no el Estado. Ello se debe a que sería una tarea además de tediosa, de utópico cumplimiento puesto que el Estado no posee los medios ni la capacidad económica suficiente para realizar todas las investigaciones científicas pertinentes de todos los casos que se le presenten, que demuestren que dicha actividad, producto o proceso no resultará peligroso para los derechos humanos que tutela.

CAPITULO II.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Adopción del principio precautorio en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

2.1.1. Adopción del principio en la UE

2.1.1.1. Plano histórico casuístico

En el capítulo precedente se ha mencionado la historia del principio precautorio en el Derecho Internacional. Como era de esperar, el principio, al ser un instrumento de protección para el medio ambiente, la vida y salud humana, fue recibido por numerosos estados que actualmente forman parte de la Comunidad Europea. Dicho esto, la forma en que tal principio fue incorporándose en el ordenamiento jurídico de cada uno de esos estados tiene que ver con distintos hechos que se dieron en la historia y que ayudaron a construir la base para su concepción jurídica en el marco de la Unión Europea.

Los peligrosos y potenciales daños, que en su momento no se habían previsto, ya sea por no haber agotado todas las vías para obtener información suficiente o por el limitado conocimiento que se tenía sobre sus potenciales perjuicios, fueron generando preocupación por lo que las sociedades

dirigieron sus esfuerzos a buscar herramientas que les permitiesen proteger tales derechos desde una perspectiva precautoria.

Dicho esto, puede traerse a colación, lo sucedido en Inglaterra, en 1854, respecto a una posible nueva vía de contagio de la enfermedad del cólera que se convirtió en epidemia en aquel entonces. O también podría citarse la ya mencionada contaminación por polvo de asbesto cuya utilización, manipulación y producción se prohibió, después de casi cien años desde la primera alarma de su nocividad, tanto en Francia como en la Comunidad Europea. Además, no podría omitirse el terrible perjuicio producido en la capa de ozono por el uso de algunas sustancias químicas causantes del efecto invernadero; entre mucho otros.

En las últimas décadas los vínculos entre la ciencia y la tecnología, han impulsado tanto el crecimiento del desarrollo tecnológico como el auge de su papel en la economía generando, de esta manera, no sólo un aumento paulatino de la conciencia sobre los riesgos y la necesidad de su evaluación, sino también la urgencia de adoptar medidas de control sobre los mismos. Actualmente, por ejemplo, la investigación en el campo de la nanotecnología ha significado un gran avance pero también ha despertado conciencia sobre los posibles riesgos y cuestiones éticas que involucra⁹⁸.

⁹⁸ De hecho, uno de los riesgos que se ha comentado mayormente es el llamado “grey goo” o plaga gris, termino inventado por el científico Eric Drexler, quien causo un gran impacto en la comunidad científica al exponer una teoría donde afirma que en un futuro muy próximo podría crearse robots a escala diminuta que podría autoreplicarse a partir de materia orgánica del entorno por lo que podría ser utilizados para combatir el cáncer desde el interior del cuerpo humano o regenerar tejidos; para limpiar derrames industriales o de petróleo, entre otros. El riesgo, por tanto devendría de la posibilidad de que se falle en los mecanismos de control que se aplicarían sobre los nanorobots lo que causaría, sin duda alguna, el apocalipsis puesto que en virtud de su capacidad de multiplicarse a sí mismos, terminaría consumiendo toda la materia del planeta. Disponible en <http://www.icmm.csic.es>. Consultado el 22 de enero del 2015.

En virtud de ello, la Comunidad Europea busca crear normas jurídicas y estándares globales inspirados en el principio precautorio para minimizar riesgos y garantizar un medio ambiente que permita un desarrollo adecuado para las generaciones presentes y futuras.

En este sentido es que se alumbró una serie de documentos internacionales que recogen normas precautorias y las aplican a la diversidad de casos que se someten a la competencia contenciosa tanto de los tribunales de cada uno de los países miembros, como del Tribunal de Justicia de la UE.

Dentro de los diferentes rubros donde se puede encontrar medidas precautorias, destaca la rama alimentaria y farmacológica. Sin duda alguna, la preocupación por encontrar un equilibrio, por ejemplo, entre la producción de nuevos alimentos para satisfacer las necesidades humanas y la preservación del medio en condiciones que garantice la supervivencia y el bienestar de los seres humanos, ha llevado a que se articulen medidas que permitan el logro de un éxito razonable en ambos terrenos⁹⁹.

Para citar algunos ejemplos, se podría indicar los estudios y medidas tomadas respecto a los organismos genéticamente modificados, por un lado; y la posibilidad de realizar xenotransplantes, por el otro. En el primero de tales casos, el debate público de su uso y sus posibles efectos en la producción agrícola alimentaria fue muy extenso. La industria afirma que su empleo encierra muchos beneficios y casi ningún riesgo; los movimientos ambientalistas, por su parte, denuncian falta de conocimiento y comprensión sobre sus posibles riesgos; finalmente los consumidores reclaman por su derecho a saber que consumen. En 1998 la Unión Europea impuso una moratoria sobre las ventas de alimentos modificados genéticamente en un intento por dar una respuesta a las preocupaciones de los consumidores a través

⁹⁹ JARIA I MANZANO, J. y otros (editores), *Derecho, globalización, riesgo y ambiente*. Tirant to Blanch. Valencia. 2012. Pág. 307.

de la producción de textos legislativos basados en el principio de cautela o de precaución bajo la premisa “en caso de duda es mejor abstenerse”¹⁰⁰.

En el caso de los xenotransplantes, el riesgo al que se enfrentaban resultó en un debate mucho más extenuante que en el caso anterior. El mismo consistía en la posibilidad de transmisión de enfermedades infecciosas de animales hacia los humanos, lo que también se conoce como xenosis. A manera de ejemplo, puede observarse el caso del Retrovirus Endógeno Porcino¹⁰¹ donde los estudios científicos realizados respecto a la posibilidad de su transmisión en humanos mostro resultado negativo en un primer momento. Sin embargo, se llegó a identificar las siete etapas que tendría que atravesar el virus para poder infectar a los humanos, siendo que cuatro de ellas ya se estaban dando en laboratorio, por lo que ello fue considerado como prueba suficiente para entender que el riesgo de transmisión podría ser real. A ello se añadió, a manera de respaldo, los estudios científicos que se hicieron previamente respecto a la infección por VIH¹⁰², otro caso de xenosis que originariamente fue una zoonosis de simios que terminó por transmitirse a humanos. En vista de todos los fundamentos científicos se concluyó la existencia de un escenario de riesgos posibles aun cuando no pudiera precisarse su probabilidad por lo que, de forma unánime, se acordó que en estos casos correspondía la aplicación del principio precautorio.

Otro caso que ha cobrado mucha importancia en los últimos tiempos, ha sido el referido al riesgo por la alta exposición, tanto del humano como del medio ambiente, a la contaminación electromagnética proveniente, por ejemplo, de emisoras de radio y televisión, radares, líneas de transmisión

¹⁰⁰ Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/>. Consultado el 22 de enero del 2015.

¹⁰¹ El retrovirus endógeno porcino (RVEP) es un retrovirus tipo C que se encuentra integrado de forma permanente en el genoma del cerdo. MORENO IZARRA, J. *Complicaciones infecciosas de un receptor de xenotransplante de origen porcino*. Revista de Medicina Clínica. Disponible en <http://www.elsevier.es/>. Consultado el 4 de abril del 2015.

¹⁰² Virus de inmunodeficiencia adquirido.

eléctrica, entre otras. La radiación electromagnética posee propiedades térmicas y de inducción de corrientes eléctricas, particularmente las radio frecuencias, cuyo impacto en la salud humana se conoce desde hace décadas.

Asimismo, se han identificado otros posibles riesgos de tipo biológico que podría acarrear la exposición prolongada a la contaminación electromagnética relacionado con enfermedades tales como la leucemia infantil y el cáncer. A pesar que estos riesgos a la salud no han sido comprobados fehacientemente, existe una tendencia creciente a nivel internacional respecto a la regulación de la exposición a dicha contaminación, que se cierne sobre Estados Unidos, Suiza, Alemania, Canadá y la Unión Europea. Las normas que intentan regular la exposición crónica a los campos electromagnéticos se inspiran en las Directrices de la ICNIRP¹⁰³ centrándose en otorgar protección sanitaria a los ciudadanos frente a los efectos adversos conocidos para la salud. Para el caso de aquellos efectos no conocidos o comprobados irrefutablemente se han elaborado normas sobre la base del principio de precaución o de otras políticas precautorias¹⁰⁴.

Como puede observarse, la conciencia sobre la necesidad de protección del medio ambiente ha generado preocupación a nivel mundial por lo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos han elaborado distintos tipos de políticas de intervención. Es así que se utilizará un modelo preventivo en caso de conocimientos científicamente probados para evaluar adecuadamente el riesgo dirigido a limitarlo a niveles que permitan remediar o compensar el impacto de las tecnologías y de las actividades humanas. En cambio, para aquellos casos donde la causalidad, características, magnitud y/o probabilidad de riesgo

¹⁰³ Organismo internacional cuyas siglas en ingles significan Internacional Commission on Non-Ionizing Radiation Protection.

¹⁰⁴ DURÁN MEDINA, V. *Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental*. Centro de Derecho Ambiental. Chile. 2001. Pág. 12.

potencialmente grave son inciertas, corresponde aplicar una política precautoria.

2.1.1.2. Plano jurídico normativo

El principio de precaución dentro del marco de la Comunidad Europea, se conoce como el principio de cautela. Al igual que en los demás ordenamientos jurídicos, este principio tuvo un proceso de evolución normativa. En este sentido cabe traer a colación su formulación original en los tratados constitutivos de la Comunidad Europea: Tratado de París de 1951 y Tratado de Roma de 1957. Estos no contenían disposición o norma específica alguna de protección sobre el medio ambiente debido a que tanto el Derecho Ambiental como la búsqueda de normas o sistemas que lo protejan se iniciaron de manera definitiva recién en la década de los años setenta del siglo XX, es decir, cuando ya habían nacido y funcionaban dichas Comunidades Europeas¹⁰⁵.

Tal contexto mantenía en una situación de incertidumbre el gran problema de la protección medio ambiental, que ya venía cobrando relevancia con los años, por lo que la preocupación en torno al tema empezó, también a hacerse notar en todo el orbe. A tenor de lo mencionado, uno de los primeros documentos internacionales que resaltó la importancia del tema medio ambiental fue la Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972¹⁰⁶. Dicho documento no sólo puso en evidencia el problema de falta de protección hacia el medio ambiente proponiendo, además, métodos para solucionarlo, logrando, con ello, convertir a la protección del medio ambiente en uno de los objetivos principales del ordenamiento jurídico internacional; sino que también

¹⁰⁵Cfr. JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P. “Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”. *Revista de Política y Sociedad*. Madrid. Vol. 40. Num. 3. 2003. Pág. 11. Disponible en <http://revistas.ucm.es/>. Consultado el 02 de marzo del 2015.

¹⁰⁶ Fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

influyó en el ya iniciado proceso de construcción europea a través de la presentación, ante la Comisión de las Comunidades Europeas, de la primera Comunicación a los Jefes de Estado y de Gobierno, dando lugar a la celebración de la Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros¹⁰⁷.

A pesar de ello, aún era evidente la ausencia de una competencia de atribución, lo que conllevó a que, más adelante, tras una revisión solemne de los Tratados instituyentes de la Comunidad Europea, se dotaran de competencia expresa a dichos Tratados para afrontar el deterioro de la Naturaleza.

De esta manera, tanto la Política como la protección ambiental se recogieron por primera vez en los tratados constituyentes de las Comunidades Europeas como consecuencia de la primera revisión, en forma solemne, operada a éstos por el Acta Única Europea, en vigor desde el 1 de julio de 1987.

Concretamente, mediante dicha Acta se introdujo en el Tratado de la entonces, Comunidad Económica Europea, el Título VII referido al Medio Ambiente: antiguos artículos 130 R¹⁰⁸, 130 S¹⁰⁹ y 130 T¹¹⁰.

¹⁰⁷ Fue celebrada en el seno del Consejo del 22 de noviembre de 1973 y se refirió al primer Programa de acción de las Comunidades Europeas sobre Medio Ambiente.

¹⁰⁸ Este artículo, del Acta Única Europea, reza de la siguiente manera: “1. La acción de la Comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto :a) conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente ; b) contribuir a la protección de la salud de las personas ; c) garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales. 2. La acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad. 3. En la elaboración de su acción en relación con el medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta: a) los datos científicos y técnicos disponibles; b) las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; c) las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción; d) el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones. 4. La Comunidad actuará, en los asuntos de

Posteriormente, con fecha 1 de noviembre de 1993, se efectuó una segunda revisión solemne y, años después, ocurrió una tercera revisión solemne el 1 de mayo 1999, dando origen al Tratado de la Unión Europea ¹¹¹ y al Tratado de Amsterdam respectivamente. Recién en este punto, puede observarse una cuasi constitucionalización del principio mejor cimentada y con mayor amplitud por lo que podría afirmarse que desde 1999 la protección del medio ambiente constituye uno de los principios estructurales o constitucionales de la Unión Europea permitiendo, de esta manera, su actuación como líder a nivel internacional en la batalla para lograr la protección hacia el medio ambiente ¹¹².

medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros asumirán la financiación y la ejecución de las demás medidas. 5. En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Comunidad podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al artículo 228.

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.

¹⁰⁹ Su texto es el siguiente: “El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, decidirá la acción que la Comunidad deba emprender. El Consejo determinará, en las condiciones previstas en el párrafo precedente, las cuestiones que deben regirse por decisiones que habrá que tomar por mayoría cualificada”.

¹¹⁰ Dicho artículo se encuentra en los términos siguientes: “Las medidas de protección adoptadas conjuntamente en virtud del artículo 130 S no serán obstáculo, para el mantenimiento y adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección compatibles con el presente Tratado”.

¹¹¹ También conocido como Tratado de Maastrich.

¹¹² A manera de ejemplo, puede observarse la postura adoptada a lo largo de las sucesivas cumbres sobre el Cambio Climático tendentes a aplicar el Protocolo de Kioto, donde la Comunidad Europea asume un papel de promotor e impulsador tenaz respecto a la consecución y adopción del Protocolo para luchar contra el Cambio Climático. Asimismo, no puede dejarse de lado su actuación consistente durante la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, celebrada en septiembre y octubre de 2002.

Con la Cuarta revisión solemne de los Tratados constituyentes de las Comunidades Europeas se origina el Tratado de Niza, el cual introdujo una modificación en el apartado segundo del artículo 175 en el Tratado de la Comunidad Europea¹¹³, siguiendo, de esta forma, el rumbo trazado por el Tratado de Amsterdam., respetando, sin embargo, el espíritu de la norma al igual que sus principios, parámetros y bases jurídicas contenidas, concretamente, en el Título XIX referido al Medio Ambiente.

Por su parte, es indispensable señalar que el principio de precaución se introduce con carácter general en el Derecho Comunitario con el artículo 174° del Tratado de Amsterdam. Concretamente, su segundo apartado enumera una serie de principios, entre los cuales se encuentra el principio de protección elevada y adecuada el que requiere del principio de cautela y acción preventiva para poder concretarse en la realidad. Ello atendiendo siempre a la premisa de que la mejor manera de proteger el ambiente es evitando que el daño, ataque o perjuicio se produzca.

Ahora bien, el texto de la norma en cuestión también cita a otros principios. Tal es el caso del principio de corrección cuya actuación se genera a causa de la producción del ataque o atentado en el ambiente. En tal contexto, el principio de corrección origina la obligación de corregir todo ataque, incluso, en la fuente misma y unido a él, aparece el

¹¹³ El artículo 2 numeral 15 del Tratado de Niza menciona lo siguiente: “El apartado 2 del artículo 175(del Tratado de la Unión Europea) se sustituye por el texto siguiente: 2. No obstante el procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 95, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará: a) disposiciones esencialmente de carácter fiscal; b) las medidas que afecten a: la ordenación territorial; la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos; la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos; c) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético. El Consejo, en las condiciones previstas en el párrafo primero, podrá definir las materias mencionadas en el presente apartado sobre las cuales las decisiones deban ser tomadas por mayoría cualificada”.

principio de pago por parte de los responsables de la producción del daño de una cantidad equivalente al mismo. Este último principio tendría una finalidad reparadora pero también disuasora del ataque o del daño.

Según lo expuesto, entonces, puede concluirse que estos principios se encuentran ligados al daño, afrontándolo desde diferentes perspectivas. Así puede observarse que el principio de protección elevada y adecuada protege contra los ataques ambientales; el siguiente se encarga de evitar tales ataques, el tercero se refiere a la corrección de ataques y el último, exige el pago de una cantidad como consecuencia de haberse consumado el ataque.

Todos estos principios, responden a una política ambiental de la Comunidad Europea, cuya definición gira en torno a los principios de prevención y cautela ante posibles ataques ambientales, cuyos objetivos han sido fijados por el primer apartado del artículo 174° del Tratado de la Comunidad Europea¹¹⁴.

No obstante, es preciso mencionar que a todo este proceso de evolución normativo que ha tenido que seguir el principio precautorio para adquirir relevancia dentro del marco de la comunidad europea, ha contribuido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁵ cuyas resoluciones han creado directrices en base a las cuales resolver posteriores casos con situaciones similares o análoga, fortaleciendo, de esta manera, la posición jurídico normativa del principio dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea.

¹¹⁴ La Política de la Comunidad Europea en el ámbito del Medio Ambiente contribuirá a alcanzar: i) la conservación, la protección y mejora de la calidad del medio ambiente; ii) la protección de la salud de las personas; iii) la utilización prudente y racional de los recursos naturales; iv) el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

¹¹⁵ Se analizará en apartados posteriores.

2.1.2. Concepto y naturaleza jurídica en el marco de la UE

El principio precautorio, como ya se ha mencionado en apartados precedentes, ha sido introducido a un nivel constitucional comunitario, mediante el artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea, en cuyo segundo párrafo, lo menciona junto con otros principios de la política comunitaria convirtiéndose, de esta manera, en uno de los principios que informan la actuación de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente.

El mencionado artículo recoge, en el texto de su primer párrafo, los objetivos del Tratado en torno a la materia medio ambiental, siendo los siguientes:

- “Conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente.
- Protección de la salud de las personas.
- Utilización prudente y racional de los recursos naturales.
- Fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente”.

Como puede apreciarse, uno de los objetivos de la política comunitaria es la protección de la salud humana lo que implica la inserción del principio precautorio, así como de los demás principios que menciona el segundo párrafo del artículo 174¹¹⁶ del mismo cuerpo normativo, en el ámbito sanitario. De hecho, existen muchos casos en los cuales el tribunal ha extendido la aplicación de la técnica precautoria hacia el ámbito de la protección de la salud pública y del consumidor.

En este contexto, no es errado pensar que los artículos 152 y 153 del Tratado de la Comunidad Europea se encuentran relacionados al principio precautorio puesto que persiguen la consecución de un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad alimentaria. Asimismo, el principio de precaución se

¹¹⁶ Con ello se refiere a los principios de prevención, corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y el principio de quien contamina paga, recogido en el mencionado artículo.

encuentra íntimamente ligado al artículo 6 del mismo texto normativo, puesto que consagra el principio de integración, lo que implicaría que el principio de precaución debe integrarse en la definición y realización de todas las políticas y acciones de la Comunidad con objeto de fomentar el desarrollo sostenible¹¹⁷.

Hasta este punto, si bien el Tratado de la Comunidad Europea solo menciona expresamente al principio precautorio en su texto, no brinda una definición sobre el contenido del mismo. Ello ha llevado a que se realicen múltiples intentos por introducir un concepto de precaución, generándose, además, múltiples previsiones en normas de Derecho derivado en dicho intento.

De este modo es que la Comisión Europea trató de solucionar dicha carencia dictando su importante Comunicación en el año 2000, sobre el recurso al principio de precaución, complementaria al protocolo de Bioseguridad y del Libro Blanco de seguridad alimentaria¹¹⁸.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la que contribuyó a establecer una definición del principio precautorio, como producto del ejercicio de la labor interpretativa del Tratado que les fue asignada.

En atención a ello, existen, dentro de una multitud de asuntos resueltos, dos casos que cabría mencionar debido no solo a lo relevante de su causa sino también a la importante contribución que significó su análisis para fijar las líneas generales sobre el contenido del principio precautorio en el contexto de la Unión Europea.

¹¹⁷ EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Op. Cit., Pág. 158.

¹¹⁸ Cabe mencionar que la precaución fue recogida anteriormente en la Comunicación de la Comisión de fecha 30 de abril de 1997, referida a la salud del consumidor y la seguridad alimentaria, en el Libro Verde relativo a los Principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea del 30 de abril de 1997 y en la Resolución de 10 de marzo de 1998 referida a ese libro verde. EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Op. Cit., Pág. 159.

El primero es el caso de las National Farmers Union¹¹⁹ sobre un litigio que se generó a raíz de las medidas de emergencia adoptadas en materia de protección contra la tan temida Encefalopatía Espongiforme Bovina¹²⁰ que asoló el mercado de carne bovina y productos derivados de ganado vacuno. En tal fallo, el Tribunal no solo se refirió por primera vez al principio precautorio sino que además lo definió sucintamente. En este sentido, los considerandos N° 62 y 63 de dicha sentencia mencionan expresamente que: “en el momento en que se adoptó la Decisión¹²¹, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados. Pues bien, ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Como puede observarse, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al momento de dictar sentencia, acudió al principio precautorio para resolver la controversia surgida por las medidas de emergencia¹²² que la National Farmers Union

¹¹⁹ Asunto C-157/96/ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de fecha cinco de mayo de 1998.

¹²⁰ Se encuentra dentro de la rama de las Encefalopatías espongiformes transmisibles definidas como enfermedades neurodegenerativas de evolución lenta y de desenlace mortal que provoca lesiones específicas del sistema nervioso central (cerebro y médula espinal) y afectan tanto al humano como al animal. Cfr. IZQUIERO MARTINEZ, M y AVELLANEDA FERNANDEZ, A. Enfermedades raras: un enfoque práctico. Instituto de Investigación de Enfermedades Raras. Instituto de Salud Juan Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 2004. Disponible en <http://gesdoc.isciii.es/>. Consultado el 23 de marzo del 2015.

¹²¹ Hace referencia a la Decisión 96/239/CE de fecha 27 de marzo de 1996, adoptados por la Comisión a raíz de los comunicados del Spongiform Encephalopathy Advisory Committee, relativos a una posible relación entre la encefalopatía espongiforme bovina y la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob.

¹²² Dichas medidas se encuentran recogidas en el artículo 1 de la Decisión 96/239/CE, rezando el texto de la siguiente manera: “A la espera de un examen global de la situación y sin perjuicio de las disposiciones comunitarias adoptadas en materia de protección contra la encefalopatía espongiforme bovina, el Reino Unido no enviará fuera de su territorio a otros Estados miembros ni a terceros países: a) bovinos vivos, su esperma y embriones, b) carne de animales de la especie bovina sacrificados en el Reino Unido, c) productos obtenidos de animales de la especie bovina sacrificados en el Reino Unido que puedan entrar en la cadena alimentaria humana o animal, así como productos

denunció, en su momento, como excesivas y abusivas debido a la supuesta falta de competencia atribuida a la Comisión para establecer dichas medidas y la violación al principio de proporcionalidad de las mismas.

El Tribunal determinó que la situación de incertidumbre que rodeaba la existencia de posibles riesgos para la salud producto del consumo de carne de vacuno y productos derivados de la industria bovina, procedentes de Reino Unido, no eximia de la obligación de adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que tales riesgos se manifiesten en la realidad.

Otro caso, donde se utilizó al principio precautorio para ayudar en la resolución de la controversia fue en la conocida sentencia Pfizer Animal Health¹²³, también llamada sentencia Virginiamicina¹²⁴. La controversia se originó con la aprobación del Reglamento N° 2821/98 del 17 de diciembre de 1998 mediante el cual el Consejo de la Unión Europea prohibió la utilización como aditivos en la alimentación animal de cuatro antibióticos¹²⁵, entre los cuales se encuentra la virginiamicina.

La motivación de tal prohibición respondía al riesgo de que se desarrollase una resistencia a esos antibióticos en muy pequeñas dosis a la alimentación de ciertos animales y de que dicha resistencia se transfiera al hombre, generando como consecuencia que dichos antibióticos y similares ya no puedan ser utilizados como medicina dentro de tratamientos para enfermedades graves.

destinados a usos médicos, cosméticos o farmacéuticos, ni; d) harinas de huesos y carne de mamíferos”.

¹²³ Asunto T-13/99/ Tribunal de Primera Instancia de la Comunidades Europeas de fecha 11 de setiembre del 2002.

¹²⁴ Se trata de un antibiótico utilizado durante muchos años como factores de crecimiento, añadiéndolos en pequeñas dosis a la alimentación de determinados animales lográndose así un mejor crecimiento del animal y un mayor peso, de modo que éste requiere menos tiempo y menos alimentación a fin de alcanzar el peso necesario para el matadero. Cfr. TORRES C.; ZARAZAGA, M. Antibioticos como promotores de crecimiento en animales. ¿Vamos por buen camino?. Universidad de la Rioja. Logroño. 2002. Disponible en <http://www.scielo.org/>. Consultado el 15 de marzo del 2015.

¹²⁵ Además de la virginiamicina, el Reglamento N° 2821/98 se prohibió la bacitracina-cinc, la espiramicina y el fosfato de tilosina.

Al igual que en el caso anterior, también se invocó el principio de cautela para sustentar la validez del Reglamento, puesto que a la fecha de su aprobación, no se había aportado pruebas de la existencia de una relación entre la utilización de los antibióticos de que se trata y el desarrollo de resistencias a los mismos en el ser humano. Es por ello que la sentencia menciona, concretamente en su considerando 114, que el principio de precaución es uno de los principios en que se basa la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, y tomando en cuenta ello se cita el artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea que consagra la protección a la salud como uno de los objetivos de la política de la Comunidad. De esta manera, el Tribunal de Primera Instancia dejó claro su orientación jurisprudencial de recurrir al principio precautorio para fundamentar la adopción de medidas preventivas respecto a la utilización de la virginiamicina como aditivo en la alimentación animal, aun cuando a causa de la incertidumbre científica subsistente no se hubieran demostrado plenamente la realidad y la gravedad de los riesgos para la salud humana relacionados con dicha utilización¹²⁶.

Otro aspecto relevante a mencionar de esta sentencia, está en el considerando N° 146, en el que el Tribunal de Primera Instancia menciona que el principio de cautela solo puede aplicarse cuando existe riesgo para la salud humana que aún no ha podido ser plenamente demostrado por lo que, siguiendo las líneas de la sentencia National Farmers Union, “las instituciones comunitarias deberán adoptar medidas de protección siempre en interés de la salud humana pero basándose en conocimientos científicos incompletos, aun cuando dichas medidas puedan afectar, a veces, situaciones jurídicas protegidas”¹²⁷.

Asimismo, esta sentencia indicó que tanto el riesgo como el peligro son elementos que deben concurrir para la aplicación del principio precautorio. El primero, por tanto, fue definido en función de una probabilidad referida a la utilización de un producto o de un

¹²⁶ GONZALES VAZQUES, L. “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿Un buen principio de gobierno?”. *Estudio sobre consumo* Nro 68. 2004. Pag12. Disponible en <http://consumo-inc.gob.es>. Consultado el 8 de abril del 2015.

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*. Pág. 15.

procedimiento que produzca daños para el bien protegido por el ordenamiento jurídico, mientras que peligro fue utilizado en un sentido más amplio, refiriéndose a todo producto o procedimiento que pueda tener efectos perjudiciales para la salud humana.

En este orden de ideas, el Tribunal de Primera Instancia introdujo el principio precautorio manteniendo que el mismo debe producirse, por definición, en un contexto de incertidumbre científica. Es por ello que concluye que, “no cabría exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente a las instituciones comunitarias pruebas científicas y concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara”; así, “solo podría adoptarse una medida preventiva cuando el riesgo; cuya existencia y alcance no han sido plenamente demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta sin embargo suficientemente documentado, a la vista de los datos científicamente disponibles en el momento en que se adopta la medida”¹²⁸.

No puede olvidarse que en la sentencia en cuestión, el Tribunal de Primera Instancia señaló que: “la realización de una evaluación científica de los riesgos constituye un requisito previo para la adopción de cualquier medida preventiva”¹²⁹. Como puede observarse, se trataría de una orientación jurisprudencial de aplicación general tendente a implantar la necesidad de desarrollar una evaluación de los riesgos como *conditio sine qua non* para adoptar medidas justificadas por el principio de precaución.

¹²⁸ Sentencia Virginiamicina citada por JIMENEZ DE PARGA Y MACEDA, P. “Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional Público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”. *Revista Política y Sociedad*. Vol. 40. Num 3. 2003. Pág. 19.

¹²⁹ Según considerando 155° de la sentencia Virginiamicina o Pfizer Animal Health se establece que “dadas estas circunstancias, la realización de una evaluación científica de los riesgos constituye un requisito previo para la adopción de cualquier medida preventiva”.

Del mismo modo, el fundamento jurídico N° 162¹³⁰ de la misma sentencia ahonda mucho más en el tema al señalar que la evaluación de riesgo realizada por especialistas debe brindar información fiable y sólida para comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada de tal manera que le permita, además, determinar su política. Asimismo, dicha información debe permitir a la autoridad pública competente tener un conocimiento del nivel de riesgo tolerable para la sociedad al momento de adoptar las medidas pertinentes de modo que este nivel funcione como una especie de límite y garantía de que las medidas establecidas en base al principio precautorio no sean arbitrarias o excesivas.

No obstante, el Tribunal de Primera Instancia también previó que en aquellos casos donde la realización de la evaluación de riesgo de manera completa y exhaustiva sea imposible, ello no puede usarse como excusa para que la administración competente “adopte medidas preventivas, a muy breve plazo si es necesario, cuando dichas medidas resulten indispensables habida cuenta del nivel de riesgo para la salud humana que dicha autoridad ha considerado inaceptable para la sociedad”¹³¹. Es decir, que en este

¹³⁰ El texto completo de este considerando dice lo siguiente: “Dicho esto, procede recordar que la evaluación científica de los riesgos efectuada por especialistas científicos debe ofrecer a la autoridad pública competente una información lo bastante fiable y sólida como para permitirle comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa. Por consiguiente, so pena de adoptar unas medidas arbitrarias que el principio de cautela nunca podría legitimar, la autoridad pública competente debe velar por que las medidas que adopte estén basadas, aunque se trate de medidas preventivas, en una evaluación científica de los riesgos tan exhaustiva como sea posible, habida cuenta de las circunstancias específicas de cada caso. Pese a la incertidumbre científica subsistente, dicha evaluación científica debe permitir que la autoridad pública competente estime, basándose en los mejores datos científicos disponibles y en los resultados más recientes de la investigación científica internacional, si se ha sobrepasado el nivel de riesgo que ella considera aceptable para la sociedad. Ésta es la base de la que debe partir dicha autoridad para decidir si se impone o no la adopción de medidas preventivas.”

¹³¹ Fundamento jurídico 160 de la sentencia menciona: “En segundo lugar, las partes coinciden en reconocer que al aplicar el principio de cautela puede resultar imposible efectuar una evaluación científica completa de los riesgos, tal como ha sido definida en el apartado 156 supra, por ser insuficientes los datos científicos disponibles. En efecto, para llevar a cabo dicha evaluación científica completa puede ser necesario realizar una investigación científica de gran profundidad y duración. Ahora bien, tal como se deduce de la jurisprudencia citada en el apartado 139, la imposibilidad de realizar una

tipo de casos, la autoridad pública competente tendrá que elegir entre esperar a que se realice una evaluación de riesgo más detallado, profundo y exhaustivo, asumiendo el riesgo de la concretización de los peligros hacia la salud humana o bien deberá adoptar las medidas preventivas en base a la información científica disponible. Por lo que, el Tribunal de Primera Instancia insistió en que cuando se trate de medidas destinadas a la protección de la salud humana, la ponderación dependerá del nivel de riesgo que la autoridad haya considerado inaceptable para la sociedad, atendiendo a las circunstancias concretas del caso específico.

Como puede analizarse, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Primera Instancia en cada uno de estos conflictos ha contribuido a sentar las líneas generales respecto al significado y alcance del principio de precaución en el ordenamiento comunitario, precisando que aunque la norma lo mencione expresa y superficialmente tanto dentro de un conjunto de principios como relacionado a los objetivos de la política comunitaria, su alcance y contenido resulta mucho más vasto, a tenor de su estudio en sede del tribunal.

Con respecto a la naturaleza jurídica del principio de precaución, debe mencionarse las apreciaciones tanto del Tribunal de Primera Instancia como de quienes han dedicado su vida al estudio del principio en análisis.

En este sentido, resulta preciso mencionar la sentencia¹³² Artegodan¹³³ emitida por el Tribunal de Primera Instancia. En este

evaluación científica completa de los riesgos no puede impedir, so pena de vaciar de contenido el principio de cautela, que la autoridad pública competente adopte medidas preventivas, a muy breve plazo si es necesario, cuando dichas medidas resulten indispensables habida cuenta del nivel de riesgo para la salud humana que dicha autoridad ha considerado inaceptable para la sociedad”.

¹³² Asunto T-74/00; T-76/00; T-83/00; T-132/00; T-137/00 Y T-141/00/Tribunal de Primera Instancia de fecha 26 de noviembre del 2002.

¹³³ Artegodan GmbH era la empresa titular de la autorización para comercializar Tenuate Retard, un medicamento diseñado para el tratamiento de la obesidad que contiene anfepramona, sustancia anorexígena de tipo anfetamínico que actúa sobre el sistema nervioso central acelerando la impresión de saciedad. DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales

asunto, el Tribunal afirmó que el origen del principio precautorio se remonta a su consagración en el artículo 174.2º del Tratado de la Comunidad Europea como principio de medio ambiente, reconociendo además que, a tenor de lo estipulado en el inciso 1º del mismo artículo, si bien la norma solo lo menciona expresamente en relación a la protección de la salud humana como objetivo de la política de la Comunidad Europea, posee un ámbito de aplicación mucho más amplio. De este modo, el tribunal, en su considerando N° 183 afirmó que: “En aras de garantizar un alto nivel de protección de la salud, de la seguridad de los consumidores y del medio ambiente, el principio de precaución está destinado a aplicarse en todos los ámbitos de acción de la Comunidad”.

Asimismo, el tribunal prosigue con su estudio sobre el principio de precaución, llegando a definirlo de la siguiente manera: “Un principio general de Derecho comunitario que impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos”¹³⁴.

A tenor de lo expuesto, se deduce que el tribunal le otorga un carácter vinculante a la precaución reafirmando su posición como principio general del Derecho comunitario, posibilitándose, además la aplicación del principio precautorio a sectores del Derecho derivado donde no se encuentra expresamente consagrado, reforzando aún más su posición como principio de derecho internacional consuetudinario.

Del mismo modo, el reconocimiento que hace el Tribunal de Primera Instancia respecto a la previsión del principio de precaución como una obligación para las autoridades competentes, implica además el revestimiento del mismo, de un carácter vinculante, lo que, sin embargo, resulta contradictorio respecto a considerandos contenidos en el texto de la misma resolución.

¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”. *Revista de administración pública*. Num 3. Setiembre-diciembre. Madrid. 2010. Pág. 183.

¹³⁴ Considerando N° 184 de la sentencia Artegoda.

Dicho esto, una de las críticas de la mencionada sentencia se deriva, precisamente de la definición que le otorga, donde impone, de manera sistemática y obligatoria, a las autoridades públicas adoptar medidas en cada caso de riesgo potencial, lo que se contrapone a la frase “las Instituciones pueden adoptar medidas de protección” que su considerando N° 185 recoge de la sentencia National Farmer`s Union, y que supone una decisión sujeta a criterio de la autoridad competente¹³⁵.

Asimismo, se critica lo dispuesto en el considerando N° 186 de la sentencia Artegoda: “Cuando la evaluación científica no permita determinar con suficiente grado de certeza si existe riesgo, el hecho de que se aplique o no el principio de cautela dependerá, con carácter general, del nivel de protección por el que haya optado la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades discrecionales”, puesto que también resulta contradictorio a la obligatoriedad en cuanto a la aplicación del principio que el mismo fallo confirma en un fundamento jurídico previo. Del mismo modo, la conclusión del tribunal en la sentencia Artegoda sobre su naturaleza como principio de derecho internacional consuetudinario, resulta también criticado¹³⁶.

De hecho, existe doctrina comunitaria que le resta obligatoriedad al principio, llegando incluso a manifestar que “no tiene consecuencias jurídicas directas y no se exige ninguna acción específica, sino que solo establece directrices generales para la política comunitaria en su conjunto”¹³⁷; añadiendo, como refuerzo de su postura, que por su misma naturaleza los principios admiten un serie de exenciones o derogaciones por lo que no sería posible considerarlos como si tuvieran un alcance jurídico vinculante¹³⁸. Ello implicaría la negación del carácter vinculante no solo del

¹³⁵ Cfr. GONZALES VAZQUES, L. “El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿Un buen principio de gobierno?”. *Op. Cit.* Pág. 10. Disponible en <http://consumo-inc.gob.es>. Consultado el 8 de abril del 2015.

¹³⁶ *Ibidem.* Pág. 11.

¹³⁷ KRÄMER, L. *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. Marcial Pons. Barcelona. 1999. Pág. 91.

¹³⁸ Cfr. KRÄMER, L. *General Principles of Community Environmental Law and their Translation into Secondary Law*. Law & European Affairs. 1999. Pág. 357.

principio de precaución sino también de todos los demás principios consagrados en el artículo 174.2, por lo que de esta manera se observa una posición contraria a la asumida por el Tribunal de Primera Instancia entorno al principio de precaución.

Por su parte, no puede dejar de mencionarse la postura adoptada por la legislación comunitaria, que mantiene que se trata de un mecanismo, nombrando, a manera de ejemplo, el artículo N° 21 del Reglamento 178/2002¹³⁹ que señala: “En aquellas circunstancias en las que existe un riesgo para la vida o para la salud pero persiste la incertidumbre científica, el principio de cautela ofrece un mecanismo para determinar las medidas de gestión del riesgo y otras acciones encaminadas a asegurar el nivel elevado de protección de la salud”.

Otra postura en torno a la naturaleza jurídica del principio en estudio refiere que se trata de un principio procesal o de procedimiento orientado al cumplimiento de los objetivos de la política medioambiental de la Comunidad Europea.

Del mismo modo, la doctrina ha elaborado otra postura que intenta superar esta tesis, afirmando que se trata de una regla de contenido indeterminado que surgiría a partir de una novedad dentro del derecho post- moderno que se refiere a la proclamación de principios jurídicos dentro de las políticas públicas, de modo que con la elaboración de políticas más elaboradas se tiene como resultado a tales reglas. En tal perspectiva, se tendría que diferenciar de las reglas que se caracterizan por ser previsibles y por la seguridad jurídica que generan al no dejar libertad en su aplicación, lo que se diferencia de las reglas de contenido indeterminado que dejan a discrecionalidad del órgano competente algunas cuestiones como la obligatoriedad de las medidas, su temporalidad entre otros, sin perder su carácter de reglas.

¹³⁹ Reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 9 de abril del 2014.

Es decir, la visión que se tiene del principio precautorio es el de una regla flexible que crea amplios márgenes de maniobra a las autoridades públicas y está pensada para adaptarse a nuevas situaciones, lo que ciertamente hace difícil generar una definición exacta que pueda aplicarse cabalmente a una realidad que es cada vez más diversa e incierta.

No obstante, sea cual sea la perspectiva que se asuma respecto a su naturaleza jurídica, lo cierto es que se trata de un principio que obliga a tomar medidas para proteger derechos fundamentales de la personas (salud, medio ambiente, vida), siempre y cuando concurren los requisitos para su recurso. Precisamente sería en virtud de la importancia que reviste el bien jurídico a proteger que no podría dejarse a libre elección de la autoridad competente, la decisión de ejecutar o no tales medidas, puesto que ello supondría exponer dichos bienes a un peligro incierto para después proceder a adoptar medidas reparadoras, resarcitorias o indemnizatorias que, en realidad, no llegan a resolver el daño provocado. No puede dejarse de mencionar los acontecimientos suscitados a lo largo de la historia, tanto antes como después de la regulación normativa del principio, que representan una lección acerca de la falta de precaución de la autoridad, ya sea por ignorancia, desconocimiento o negligencia, y que tomó la vida o perjudicó la salud humana y el medio ambiente.

2.2. Aplicación del principio precautorio en el Derecho Comunitario

2.2.1. Panorama general

Tal y como ya se había mencionado anteriormente, el principio de precaución se introduce con carácter general en el Derecho Comunitario con el artículo 174, apartado 2 del Tratado de Ámsterdam, que reza de la siguiente manera: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diversas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio

ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga”.

Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo menciona que “en la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles; las ventajas y los inconvenientes que puedan resultar de la acción o de la falta de acción”.

El carácter obligatorio de la norma le viene dado justamente por su reconocimiento expreso en el Tratado por lo que se le reconoce como el texto normativo que lo recoge y consagra llegando a cuasi constitucionalizarlo. No obstante, estudios demuestran que este principio ya se había recogido en normas comunitarias anteriores a la aprobación del Tratado como es el caso de la Directiva 75/42/CEE del Consejo, de fecha 15 de julio de 1975, relativa a los residuos.

Del mismo modo, la política de protección elevada que ha asumido la Comunidad Europea respecto al medio ambiente, salud y, en general, de los derechos fundamentales, resalta una característica evidente en cuanto a la aplicación del principio precautorio en el Derecho comunitario, siendo esta su efecto expansivo debido a que se ha propagado desde el ámbito medio ambiental hacia la seguridad alimentaria y la protección de la salud.

En respaldo a ello, se encuentran las diferentes resoluciones como normas emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la Comisión respectivamente. Así puede mencionarse, a manera de ejemplo, la Comunicación de 30 de abril de 1997 referida a la salud del consumidor y la seguridad alimentaria donde la Comisión indicó que: “en su análisis de riesgos, la Comisión se guiará por un principio de prudencia en los casos de base científica insuficiente o sobre los que exista incertidumbre”.

Dentro del contexto del derecho comunitario, el principio de precaución también se encuentra recogido, con mayor exactitud, en el Libro Verde sobre Principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea de 30 de abril de 1997¹⁴⁰ al señalar que: “el Tratado estipula que la Comunidad debe contribuir al mantenimiento de un elevado nivel de protección de la salud pública, el medio ambiente y los consumidores. Las medidas adoptadas a tal fin deben basarse en una evaluación de los riesgos que tenga en cuenta todos los factores de riesgo pertinentes (incluidos los aspectos tecnológicos), los mejores datos científicos disponibles y los métodos existentes de inspección, muestreo y prueba. Cuando no sea posible realizar una evaluación exhaustiva de los riesgos, las medidas deben basarse en los principios de cautela”.

Asimismo, el Libro Blanco sobre seguridad alimentaria, lo prevé expresamente como un principio de la seguridad alimentaria, manteniendo que “llegado el caso, el principio de precaución se aplicará en las decisiones de gestión del riesgo. La Comisión tiene previsto presentar una Comunicación al respecto”¹⁴¹; y con respecto a la política de seguridad alimentaria señala que “(...) se basará en el recurso al asesoramiento científico, aplicándose el principio de precaución llegado el caso”¹⁴².

Del mismo modo, el Libro Blanco menciona que “la Comunidad tiene el objetivo de clarificar y reforzar el actual marco de la OMC para la utilización del principio de precaución en el ámbito de la seguridad alimentaria, en especial para hallar una

¹⁴⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Principios Generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea: Libro Verde de la Comisión. Bruselas. 1997. Pág. 9. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴¹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Blanco sobre seguridad alimentaria. Bruselas. 2000. Pag. 10. Disponible en <http://ec.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴² COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Blanco sobre seguridad alimentaria. Bruselas. 2000. Pag. 3. Disponible en <http://ec.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

metodología compartida sobre el ámbito de acción en virtud de dicho principio”¹⁴³.

Puede mencionarse además que el principio en estudio, también ha sido incorporado en otras materias como es el caso de la referida a la seguridad general de los productos, regulada mediante la Directiva 2001/95/CE¹⁴⁴ en cuyo artículo 8 inciso 2 menciona que en el caso de adoptar medidas referidas a productos peligrosos¹⁴⁵ deberán aplicarse “(...) de forma proporcionada a la gravedad del riesgo teniendo debidamente en cuenta el principio de cautela”. Del mismo modo, el principio ha sido recogido en materia de uso de aditivos en la alimentación animal cuando menciona que “la acción comunitaria en materia de salud humana, de sanidad animal y de medio ambiente debe basarse en el principio de precaución”¹⁴⁶; también para el caso de la incineración de residuos al indicar que “el principio de precaución proporciona una base para adoptar ulteriores medidas”¹⁴⁷. Asimismo, la regulación de los organismos modificados genéticamente ha tenido en cuenta el principio tanto para la redacción de la Directiva¹⁴⁸ que regula la liberación de los Organismos Genéticamente Modificados, como para adopción de medidas tendentes a evitar efectos negativos en la salud y medio ambiente como consecuencia de la liberación o comercialización de los mismos¹⁴⁹.

¹⁴³ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Blanco sobre seguridad alimentaria. Bruselas. 2000. Pag. 40. Disponible en <http://ec.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴⁴ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 3 de diciembre del 2001. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴⁵ Con ello se refiere a las contenidas en el literal d) al f) inciso 1 del mismo artículo 8 de la Directiva.

¹⁴⁶ Considerando 6 del Reglamento (CE) 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 22 de septiembre de 2003, sobre los aditivos en la alimentación animal. Disponible en <http://www.boe.es>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴⁷ Considerando 5 de la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos. Disponible en <http://www.sghn.org>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴⁸ Se refiere a la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de marzo del 2001, sobre la liberación internacional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo. Disponible en <http://eurlex.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2015.

¹⁴⁹ Artículo 4 de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Aunque el principio se aplique sobre distintas materias, muchos autores concuerdan en que en el tema de la seguridad alimentaria, se encuentra mejor delimitada su aplicación. Ello encuentra sustento en la forma en que se encuentra recogido el principio en el artículo 7 del Reglamento 178/2002 al señalar que “1. En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva”. Y su subsiguiente numeral que establece “2. Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado para la vida o la salud y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva”¹⁵⁰.

Resulta indispensable recalcar que el principio de precaución no solo se limita a las materias antes mencionadas puesto que existen muchos otros asuntos donde tiene acogida siendo el caso del registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias químicas; la normativa referida al control oficial de piensos y alimentos; plaguicidas; contaminantes orgánicos persistentes, entre otros. En vista de ello, resulta lógico afirmar que el principio precautorio, seguirá expandiéndose en el ordenamiento normativo comunitario debido a las diferentes situaciones que se van mostrando conforme avanza la tecnología y la ciencia.

¹⁵⁰ Reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 12 de abril del 2014.

2.2.2. La Comunicación de la Comisión sobre el Principio Precautorio

Como ya se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia comunitaria ha declarado al principio de precaución como principio general de derecho comunitario confirmando, por tanto, su obligatoriedad. Ello generó que la Comisión Europea se preocupara por elaborar una serie de directrices que orienten la aplicación del principio, dando origen a que con fecha 17 de octubre de 1998 se emitieran las Directrices para la aplicación del principio de precaución, logrando, a su vez, que, posteriormente se emita y se apruebe la famosa Comunicación sobre el recurso al principio de precaución de fecha 2 de febrero de 2000.

Con este último documento, se pretendía informar a todos los interesados la forma en que se aplicaba y se debería aplicar el principio a partir del momento de su emisión¹⁵¹. También buscaba “elaborar una posición común sobre cómo evaluar, valorar, gestionar y comunicar los riesgos que la ciencia no puede evaluar todavía plenamente”¹⁵². Del mismo modo la Comunicación tenía como objetivo “evitar el recurso injustificado del principio” que podría servir de pretexto para un “proteccionismo encubierto”¹⁵³.

En cuanto a su aplicación, la Comunicación partía de la idea de aplicar dicho principio, “cuando la información científica es insuficiente, poco convincente o incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido” teniendo en cuenta que la Comunidad dispone del derecho a decidir el nivel de protección que estime conveniente, en particular, en relación con el medio ambiente, la salud humana, animal o vegetal¹⁵⁴.

¹⁵¹ Es decir, “exponer la postura de la Comisión ante la aplicación del principio de precaución” y “establecer directrices de la Comisión para su aplicación”. Tomado del punto N° 2 del Resumen inicial de la Comunicación sobre el principio de precaución.

¹⁵² Punto N° 2 del Resumen inicial de la Comunicación sobre el principio de precaución.

¹⁵³ Punto N° 2 del Resumen inicial de la Comunicación sobre el principio de precaución.

¹⁵⁴ BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de Precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español*. Op Cit. Pág. 57.

Es preciso resaltar que el presente documento se abstuvo de definir el principio de precaución y declaró que los políticos y, en último caso, las instancias jurisdiccionales eran los responsables de precisar los límites del mismo, resaltando que no puede considerarse la ausencia de una definición del principio como sinónimo de inseguridad jurídica.

Del mismo modo, reafirmó lo que la jurisprudencia comunitaria señalaba respecto al margen de discrecional en el que se encuentra inserta la decisión de qué medidas a adoptar, atendiendo al riesgo aceptable para la sociedad que debe soportarlo.

Adicionalmente, la Comunicación brinda también un análisis sobre aspectos más técnicos referentes a la aplicación del principio, atendiendo al hecho de que solo se produce en la hipótesis de riesgo potencial, por lo que existe una clara tendencia a profundizar sobre los requisitos para la aplicación del principio de precaución según el texto de la Comunicación.

De este modo, el primer elemento estaría conformado por la “hipótesis de riesgo potencial, es decir, una actividad humana sobre la que existe, con cierto fundamento, la sospecha de su capacidad de producir daño, además de la probabilidad de que tal potencialidad se traduzca en un daño que amenace el nivel de protección del medio ambiente o de la salud, atendiendo al nivel de daño socialmente aceptado como tolerable”¹⁵⁵.

El segundo elemento se refiere a una evaluación científica de los efectos potencialmente peligrosos con los datos disponibles. Dicha evaluación consiste en un procedimiento técnico compuesto por cuatro elementos:

- Identificación del peligro: determinación de agentes biológicos, químicos o físicos que pueden tener efectos adversos.
- Caracterización del peligro: determinación de la naturaleza y gravedad de los efectos adversos asociados con los agentes o

¹⁵⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley Actualidad. Madrid. 2001. Pág. 164.

la actividad que los causa, en términos cuantitativos o cualitativos.

- Evaluación de la exposición: evaluar cualitativamente o cuantitativamente la probabilidad de exposición al agente estudiado.
- Caracterización del riesgo: estimar cuantitativa o cualitativamente teniendo en cuenta incertidumbres inherentes, la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales efectos adversos que pueden incidir sobre el medio ambiente o la salud¹⁵⁶.

Como puede observarse, la evaluación científica necesita de conocimientos y bases fiables así como de un razonamiento lógico para llegar a un resultado que exprese tanto la posibilidad de realización del acontecimiento como la gravedad de su impacto sobre el medio ambiente y la salud humana.

Ahora bien, el tercer elemento sería el resultado de dicha evaluación, a tenor de lo establecido en la Comunicación, debe ser incierto, es decir, deberá tratarse de una incertidumbre científica procedente, habitualmente, de las características propias del método científico, permaneciendo la posibilidad de que pueda surgir, también, de una controversia sobre los datos existentes o falta de información pertinente.

El cuarto elemento se refiere a la gestión pública en un contexto de ausencia de certeza científica, por lo que, aplicando el principio no debería, bajo ningún supuesto, justificarse la inactividad por parte del estado, cuando existe la sospecha de que una actividad puede producir ciertos daños ambientales.

El quinto elemento se relaciona a la gestión de riesgo donde el principio de precaución actúa para permitir a los poderes públicos reaccionar al respecto. Aquí, el carácter abierto y la transparencia juegan un papel fundamental puesto que, por un lado, garantizan la participación de todos los interesados, especialmente de aquellos con mayor conocimiento, mientras que, por el otro,

¹⁵⁶ El concepto de estos elementos se encuentra más detallado en el anexo III de la Comunicación.

conlleve decisiones adecuadas generadas a partir de un procedimiento objetivo. Ambas características permiten llegar al consenso social en aspectos conflictivos¹⁵⁷ por lo que las medidas que se adopten serán adecuadas al nivel de protección y de riesgo socialmente aceptable.

La carga de la prueba, como sexto elemento, cumple un papel fundamental puesto que, en el marco de la aplicación del principio, invertiría la obligación que su contenido impone direccionándola, no solo hacia quien pretenda desarrollar una actividad, debiendo probar, anticipadamente, que la acción proyectada no causará daños al medio ambiente; sino también hacia quien se oponga a la adopción de medidas de protección ambiental¹⁵⁸.

En séptimo lugar se encuentra el hecho que el principio de precaución, además de actuar, puede exigir no actuar. La decisión de actuar o no, es una decisión política tomada a raíz de un procedimiento de gestión del riesgo condicionada por factores científico- técnicos¹⁵⁹, por lo que la Comunicación menciona que: “la elección de la respuesta que debe darse en determinada situación es una decisión política, que está en función del nivel de riesgo aceptable para la sociedad que debe soportar el riesgo”.

La naturaleza jurídica de la medida es otro elemento a considerar según la Comunicación cuando menciona que: “el recurso al principio de precaución no se traduce necesariamente en la aprobación de actos finales destinados a producir efectos jurídicos que pueden ser objeto de un control jurisdiccional”. En vista de ello, no habría una lista cerrada de las medidas a adoptar, sino que puede darse cualquier medida siempre y cuando atienda a criterios de razonabilidad y proporción teniendo en cuenta el marco de incertidumbre científica donde se encuentra.

¹⁵⁷ Es decir, actividades sobre las que puede formularse una hipótesis de riesgo potencial.

¹⁵⁸ Debiendo probar, para ello, que no existen peligros de daño grave e irreversible.

¹⁵⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*. La Ley Actualidad. Madrid. 2001. Pag 167.

Muy relacionado al séptimo elemento, se encuentra la obligación de actuar que impone el principio de precaución a la autoridad pública, y los principios que debe atender para que las medidas que adopte, no sobrepasen el nivel de riesgo socialmente aceptado. Es decir, se evita caer en conductas arbitrarias garantizando la discrecionalidad de la administración en la gestión del riesgo, por lo que los principios generales y de buena gestión, a tenor de lo mencionado por la Comunicación, son la proporcionalidad¹⁶⁰, la no discriminación¹⁶¹, la coherencia¹⁶², la provisionalidad¹⁶³, el análisis de ventajas y de inconvenientes y estudios de la evolución científica.

Como puede observarse, la Comunicación ha sido de gran utilidad normativa puesto que ha brindado las directrices necesarias para guiar la aplicación del principio de precaución por lo que el Consejo Europea celebrado en Niza en diciembre del 2000 felicitó a la Comisión por preparar dicha Comunicación cuya orientación general compartía.

2.3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE

2.3.1. Aplicación tácita

No es novedad que, a nivel mundial, los jueces, después de un intenso estudio de cada caso, den lugar a pronunciamientos que se adelanten a su regulación jurídica de una materia sin caer en excesos o abusos de su función. No ajeno a esta idea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuya jurisprudencia brindo, en muchos casos, pautas de comportamiento que terminaron por plasmarse en el ordenamiento comunitario después de un periodo de tiempo. De hecho, dicho resultado ocurre de manera inconsciente o inadvertida puesto que en un inicio lo que buscó fue

¹⁶⁰ Es decir que se trate de medidas adecuadas al nivel de protección elegido.

¹⁶¹ Su aplicación debe conllevar a un nivel de protección equivalente.

¹⁶² Porque no debe estar en la misma línea que medidas similares adoptadas en condiciones parecidas.

¹⁶³ Pues se mantendrán mientras perduren los factores que procuraron su adopción, teniendo en cuenta, además de la evolución de las investigaciones así como la duración del riesgo.

una decisión justa que no vulnere los derechos fundamentales de las personas o los exponga a un riesgo.

Tal fue el caso del principio precautorio en muchas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas donde se encuentran vastos ejemplos de resoluciones que recogen el principio de precaución, ya sea mencionándolo de manera sucinta, como por ejemplo hasta antes de que se llegara al pronunciamiento de las sentencias Reino Unido/ Comisión y Naciones Farmer's Unión¹⁶⁴ o donde simplemente se expone su contenido de manera inconsciente.

La aplicación del principio siempre se ha vinculado a materias de salud humana y medio ambiente, pero concretamente, siempre al rubro de la circulación de mercancías. En este orden de ideas, todos los litigios que se han originado como producto de, por ejemplo, las restricciones cuantitativas a la importación y exportación entre los estados miembros y las medidas de mismo efecto previstas en los artículo 28° y 29° del Tratado de la Comunidad Europea, así como de la posterior autorización, mediante el artículo 30° del mismo cuerpo normativo, de medidas que pretenden proteger la salud y la vida de las personas y de los animales, el tribunal empleó líneas de razonamiento semejantes a las que, años más tarde se conocerían como principio de precaución, para determinar la validez de tales medidas atendiendo al marco de incertidumbre que primaba en el momento respecto a la mercancía que se prohibió comercializar.

¹⁶⁴ Vid. Nota 119. Como ya se había mencionado, en este caso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se pronunció sobre el tema de las medidas de emergencia que se adoptaron para luchar contra la encefalopatía espongiforme bovina, señalando, a tenor de lo indicado en su considerando 63°, que “ (...) cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”

Asimismo, pueden mencionarse remotos precedentes que ilustran la utilización tácita del principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria. Ejemplo de ello es el caso de la sentencia Cassis de Dijon¹⁶⁵. También se encuentra el caso de la sentencia Heijn donde se llamó la atención a las autoridades nacionales para revisar los niveles máximos de plaguicidas en la importación ante el cambio sobrevenido en las circunstancias que provocaron su fijación.

En adición se encuentra la Sentencia de 12 de marzo de 1987, conocida como la sentencia de la ley de la pureza de la cerveza¹⁶⁶ donde la normativa alemana prohibía el ingreso en su territorio de toda cerveza que contuviera aditivos por lo que la Comisión le solicitó al Tribunal de Justicia que declare que Alemania, como estado miembro de la Unión Europea, no cumplía con sus obligaciones comunitarias al efectuar tal prohibición a pesar de que tal producto se comercializaba y producía en otros países comunitarios. Alemania, por su parte, defendió la prohibición efectuada alegando que su fin era proteger la salud de los consumidores de cerveza, lo que no significó un argumento fuerte para el Tribunal quien señaló que si los minuciosos exámenes de inocuidad que realizaban los estados miembros respecto a los aditivos en la alimentación se hacen extensivos a todo el proceso de elaboración de la cerveza, el resultado sería el mismo¹⁶⁷.

De esta manera el tribunal indica que: “en la medida en que subsista la incertidumbre en el estado actual de la investigación científica, y a falta de armonización, son los Estados miembros quienes deciden en qué medida desean garantizar la protección de la salud y de la vida de las personas, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad”¹⁶⁸, mencionando además que, “en tales condiciones, el

¹⁶⁵ Asunto 120/78/ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de fecha veinte de febrero de 1979. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 13 de abril del 2015.

¹⁶⁶ Asunto 178/84. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

¹⁶⁷ Es decir, inocuo, sin riesgo alguno y por tanto perfectamente apto para el consumo humano.

¹⁶⁸ Apartado 41 de la sentencia de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78.

Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros establezcan una legislación que someta el empleo de aditivos a una autorización previa otorgada mediante un acto de alcance general para determinados aditivos”¹⁶⁹.

Como se ha visto, el Tribunal menciona que las medidas preventivas que Alemania pueda haber adoptado deben observar tanto las exigencias que impone la libertad de circulación de mercancías dentro de la Comunidad como el principio de proporcionalidad¹⁷⁰.

Con esta sentencia, se perfiló aún más el contenido del principio de precaución puesto que brinda algunos elementos que, más adelante, caracterizarían al principio y servirían de base para su formulación en la Comunicación del año 2000¹⁷¹. Es por ello, que puede afirmarse que la sentencia sobre la ley pura de la cerveza fue la primera que logró reunir a varios componentes del que sería el futuro principio de precaución, reconociendo, además que a falta de regulación comunitaria, el derecho de las autoridades nacionales de acoger medidas preventivas que protejan la salud humana en el marco de la libre circulación de mercaderías¹⁷².

Mas adelante, en la famosa sentencia FEDESA¹⁷³ se planteó el tema en relación con las Instituciones comunitarias. En dicho caso, el Consejo prohibió el uso de determinadas hormonas

¹⁶⁹ Apartado 42 de la sentencia de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78.

¹⁷⁰ Ello se deduce de lo establecido en el apartado 44 de la misma sentencia, cuando señala que: “las prohibiciones de comercializar los productos que contienen aditivos autorizados en el Estado miembro productor, pero que están prohibidos en el Estado miembro importador, deben limitarse a lo realmente necesario para asegurar la protección de la salud pública”.

¹⁷¹ Los elementos que se logran extraerse de la sentencia de la ley pura de la cerveza son : a) la incertidumbre científica acerca de los efectos sobre la salud de un fenómeno, un producto o un proceso; b) el análisis de los riesgos desencadenados; c) el sometimiento a las medidas preventivas decretadas al principio de proporcionalidad.

¹⁷² BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de Precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español. Op. Cit.* Pág. 64.

¹⁷³ Asunto 331/88/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha trece de noviembre de 1990. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

mediante la Directiva 88/146/CEE¹⁷⁴, en virtud de lo cual la Federación Europea de Salud Animal-FEDESA cuestionó la validez de la disposición ante la *High Court of Justice*, órgano jurisdiccional nacional que se dirigió al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para saber si la directiva infringía el principio de seguridad jurídica atendiendo al hecho de existían pruebas científicas que probaban la inocuidad de cinco hormonas prohibidas.

Al respecto, el mencionado tribunal señaló que: “no puede acogerse el motivo de recurso basado en la existencia de pruebas científicas que demuestran la inocuidad de las cinco hormonas de que se trata. En efecto, sin que sea necesario ordenar la práctica de pruebas para comprobar la exactitud de esta alegación, baste decir que, ante las diferencias de apreciación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros, diferencias que se reflejan en las divergencias entre las legislaciones nacionales existentes, el Consejo se mantuvo dentro del ámbito del ejercicio de su facultad discrecional, optando por elegir la solución de prohibir las hormonas de referencia y responder de este modo a las preocupaciones expresadas por el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, así como por varias organizaciones de consumidores”¹⁷⁵.

Prosigue indicando que “los operadores económicos no podían legítimamente esperar que una prohibición de administración de las sustancias controvertidas a animales sólo pudiese basarse en datos científicos”¹⁷⁶. Con ello, siguen observándose más elementos del futuro principio de precaución, consistiendo los mismos en el análisis científico detallado, la infaltable incertidumbre sobre los verdaderos riesgos para la salud humana y la adopción de medidas precautorias como las previstas en la directiva.

¹⁷⁴ Promulgada con fecha 7 de marzo de 1988 por el Consejo, que prohíbe el empleo de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal.

¹⁷⁵ Apartado 9 de la sentencia Fedesa de fecha 13 de noviembre de 1990.

¹⁷⁶ Apartado 10 de la sentencia Fedesa de fecha 13 de noviembre de 1990.

No obstante, el rubro de la libre circulación de mercancías no es el único donde se ha producido jurisprudencia tácita respecto al principio precautorio. En efecto, el tribunal ha profundizado, aunque de manera inconsciente, el estudio del principio en el campo de la protección del medio ambiente, donde, dicho sea de paso, alcanzó su positivización.

Para ejemplificar el tema, se puede traer a colación la sentencia *Mondiet*¹⁷⁷ referida a una petición de nulidad respecto a una medida de conservación de recursos pesqueros establecido por el punto 8 del artículo 1 del Reglamento N° 345/92 del Consejo, de 27 de enero de 1992¹⁷⁸, consistiendo tal medida en la prohibición de llevar en buques dedicados a la pesca de atún blanco de redes de enmalle de longitud superior a la fijada por el reglamento¹⁷⁹. Se cuestionó si la limitación establecida por la medida era verdaderamente avalada por razones científicas, consiguiendo como respuesta del tribunal lo siguiente: “(...) no es necesario que las medidas de conservación de los recursos pesqueros sean totalmente conformes a los dictámenes científicos y que el hecho de que no exista un dictamen de este tipo o de que no sea concluyente no debe impedir al Consejo adoptar las medidas que juzgue indispensables para realizar los objetivos de la política común de pesca”¹⁸⁰.

Asimismo, la sentencia reconoce, al igual que los anteriores casos, la observancia del principio de proporcionalidad al momento de adoptar las medidas cuando refiere que “el control jurisdiccional debe limitarse (...) a comprobar si la medida controvertida no adolece de error manifiesto o de desviación de poder, o si la autoridad de que se trata no ha sobrepasado claramente los límites de su facultad de apreciación”¹⁸¹. En adición, también reconoce que las instituciones gozan de una amplia y legítima facultad de

¹⁷⁷ Asunto C-405/92/ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de fecha 24 de noviembre de 1993. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

¹⁷⁸ Este modificó el Reglamento N° 3094/86 del Consejo, de 7 de octubre de 1986

¹⁷⁹ Según el apartado 4 del Reglamento N° 385/92, la longitud no podía ser superior a 2.5 kilómetros.

¹⁸⁰ Apartado 31 de la sentencia *Mondiet*.

¹⁸¹ Apartado 32 de la sentencia *Mondiet*.

apreciación respecto de las circunstancias de la situación al momento de elegir las medidas a aplicar, cumpliendo de esta manera con una política comunitaria de conservación de los recursos.

Como se ha expuesto, desde mucho antes de que se incluyera en el Tratado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya venía aplicando el principio de precaución, sin saberlo, a varios casos que se sometieron a su competencia. De este modo, del análisis de dichos fallos se evidencia su implicancia en materia de libre circulación de mercaderías como también en el tema de protección del medio ambiente. Concretamente, se trata de situaciones donde el pronunciamiento del tribunal implicó la aplicación del principio a casos envueltos en un entorno de incertidumbre respecto al estado actual de la investigación científica que se tenía en aquel momento. Todos estos fallos, por tanto, constituyen bases y fundamentos sobre los cuales erigir la posterior formulación y adopción del principio de precaución en el seno del ordenamiento jurídico comunitario.

2.3.2. Aplicación expresa

Una vez positivizado el principio de precaución en el derecho comunitario, la jurisprudencia comenzó a aplicarlo de manera explícita, invocando los artículos pertinentes así como jurisprudencia tácita que lo reconocía, aunque de manera inconsciente, para la resolución de los múltiples casos que se sometieron a su competencia.

Como ya se había mencionado anteriormente, el campo en que más se ha empleado el principio ha sido el de la libre circulación de mercaderías pero ello no le quita mérito a los fallos que, invocando el fundamento precautorio, permitieron una protección más eficaz de la salud humana y medio ambiental respecto a riesgos posibles.

El caso que consolida más la aplicación del principio y que además fue muy mediático en su tiempo, fue la crisis de las vacas locas producido por una enfermedad técnicamente denominada

como encefalopatía espongiforme bovina, cuyo primer brote se detectó en el Reino Unido en el año de 1986.

Respecto a su origen, se presume que la alteración en la elaboración de los alimentos destinados al ganado vacuno, producto del suministro de una serie de proteínas procedentes de ovejas aquejadas por una dolencia vulgarmente conocida como “tembladera de la oveja”, habría ocasionado una afectación en el sistema nervioso central de dicha especie. Para combatir dicha enfermedad, en julio de 1988 las autoridades británicas optaron por una serie de medidas referidas a la prohibición de vender compuestos nutritivos con proteínas de rumiantes para la alimentación del ganado vacuno evitando así la ingestión de preparados contaminados. No obstante, dichas medidas no surtieron el efecto esperado¹⁸² puesto que, el 20 de marzo de 1996, el Spongiform Encephalopathy Advisory Committee, organismo científico encargado de asesorar al Gobierno británico, informó que se habían localizado diez casos de una variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob¹⁸³ en personas menores de cuarenta años, por lo que el comunicado llegó a la conclusión de que, “aunque no hay ninguna prueba directa de que exista alguna relación, habida cuenta de datos actuales, y a falta de cualquier otra alternativa verosímil, la explicación más probable es que se trata de una “(...) exposición a la encefalopatía espongiforme bovina antes de que, en 1989, se prohibieran ciertos despojos especificados de vacunos (...)”.

Después de haber emitido tal comunicado, el Comité Científico Veterinario de la Unión Europea elaboró un informe donde determinó que la información que se tenía hasta el momento,

¹⁸² Se esperaba que no surgieran brotes nuevos en animales, así como cualquier eventual peligro para la salud de quienes consumían dicho ganado, a partir de la adopción de dichas medidas.

¹⁸³ La enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (ECJ) forma parte de un grupo de enfermedades conocidas como encefalopatías espongiformes transmisibles (EET) o enfermedades priónicas. Éstas constituyen trastornos poco comunes y mortales que dan lugar a la destrucción progresiva del sistema nervioso. En animales, los mejores ejemplos conocidos son el scrapie (tembladera) en ovinos, y la encefalopatía espongiforme bovina (EEB, también conocida como la enfermedad de la vaca loca) en reses. IRONSIDE, J. *La enfermedad de Creutzfeldt-Jacob. Federación Mundial de Hemofilia*. Reino Unido. 2009. Pág. 1. Disponible en <http://www1.wfh.org>. Consultado el 13 de abril del 2015.

no permitía demostrar la transmisibilidad de la enfermedad al hombre. Sin embargo, con el fin de evitar un riesgo a la salud humana, se recomendó aplicar las medidas establecidas en el Reino Unido al derecho comunitario¹⁸⁴ y seguir con el estudio respecto a la hipótesis de un posible contagio a humanos¹⁸⁵.

En vista de tales acontecimiento, la Comisión Europea promulgó la Decisión 96/239/CE¹⁸⁶ que contenía medidas de emergencia, tomando como base el Tratado de la Comunidad Europea como también algunas otras directivas referentes al tema¹⁸⁷.

Con posterioridad a la adopción de tal Decisión, surgieron críticas por parte de quienes se vieron perjudicados, siendo estos en su mayoría comerciantes de productos prohibidos por tal decisión. En virtud de ello, se impugnó con el fin de lograr su anulación, alegando que el Comité no tenía facultades para promulgarla y que, además, se habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

Hasta este punto, es que también la ya mencionada National Farmer's Union¹⁸⁸, junto con otras empresas especializadas en el sector, hace su aparición criticando y recurriendo la mencionada norma hasta llegar al Tribunal de Justicia de las Comunidades

¹⁸⁴ Como por ejemplo, impedir la utilización de harinas de carne y de hueso en la alimentación animal.

¹⁸⁵ BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de Precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español. Op. Cit.* Pág. 68.

¹⁸⁶ Promulgada con fecha 27 de marzo de 1996. Disponible en <http://ec.europa.eu>. Consultado el 13 de abril del 2014.

¹⁸⁷ Con ello se refiere a la Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior, modificada por la Directiva 92/118/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1992, por la que se establecen condiciones sanitarias aplicables a los intercambios y a las importaciones en la Comunidad de productos no sometidos, con respecto a estas condiciones, a las normativas comunitarias específicas a las que se refiere el capítulo 1 del anexo de la Directiva 89/662/CEE y, por lo que se refiere a los patógenos, de la Directiva 90/425/CEE; y la Directiva 89/662/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior.

¹⁸⁸ Asociación profesional que representaba a la mayoría de los ganaderos de Inglaterra y del País de Gales.

Europeas, argumentando la invalidez y la vulneración al principio de proporcionalidad en torno a la decisión. Por su parte, el Tribunal alegó que, en atención a lo dispuesto por las Directivas 90/425 y 89/662, la Comisión gozaba de una amplia potestad discrecional para acordar las medidas necesarias a fin de proteger la salud, por lo que ante el riesgo grave que pudiese derivarse de la enfermedad de las vacas locas, para el bien jurídico protegido, la Comisión se encontraba facultada a intervenir y dictar medidas que eviten exponer la salud humana a un riesgo de transmisión de la enfermedad. Asimismo, respecto a la supuesta vulneración al principio de proporcionalidad que esgrimía la contraparte, el Tribunal señaló que el contenido de la Decisión se da dentro de un contexto de incertidumbre científica por lo que la Comisión, a efectos de salvaguardar la salud humana, se encontraba facultado para dictar medidas que evitaran eventuales perjuicios. Es decir, el no poder demostrar que la enfermedad es intransmisible al ser humano, justificaba la actitud tomada respecto a tal riesgo.

Como puede observarse, concurrieron elementos¹⁸⁹ que configuran el recurso válido al principio de precaución y que, sin duda alguna, el Tribunal utilizó para resolver este caso, logrando ser, junto con la sentencia Reino Unido/ Comisión, el primer fallo en mencionar al principio de precaución, definiéndolo además, de forma sucinta, pero no por ello menos válida.

En adición, al reconocerse que en el artículo 174 del Tratado, se prevé como uno de los objetivos de la política comunitaria la protección de la salud humana, y que para efectivizar su protección, la autoridad competente podría adoptar medidas inspiradas en el principio de precaución en aras de salvaguardar dicho objetivo, se le otorgó el rango de principio general de derecho e informador del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

¹⁸⁹ Quiere decir, que se dio el ambiente adecuado para la configuración del fundamento precautorio: evolución de los conocimientos científicos, fijación del nivel de riesgo aceptable, evaluación del riesgo, adopción de medidas precautorio de salvaguarda.

Otro ejemplo importante de referencia expresa al principio precautorio es la sentencia Francia/ Comisión¹⁹⁰ donde Francia impugnó la Decisión 2001/577/CDE¹⁹¹, de fecha 25 de julio de 2001, argumentando que la Comisión no se habría preocupado por analizar la eficacia del sistema de prevención contra la encefalopatía espongiforme bovina que Portugal utilizaba, por lo que Francia sostenía que tal omisión podría traer algún tipo de riesgo para la salud de los consumidores, vulnerándose de esta manera el principio de precaución. En vista de tales argumentos, el fallo estimó la pretensión de Francia, basándose en que la protección de la salud humana, como uno de los objetivos de la política comunitaria, debía tener un nivel de protección primordial, quedando obligados, a tenor de ello, la autoridad competente a adoptar medidas que permitan dicha protección.

También puede citarse el caso Bellio Fratelli¹⁹², donde el Tribunal se pronunció sobre la prohibición de utilizar proteínas animales en la alimentación animal. Mediante Decisión 2000/766/CE¹⁹³, el Consejo aprobó medidas de cautela contra la encefalopatía espongiforme y contra la utilización de proteínas de origen animal en la alimentación de todo tipo de bestias. Asimismo, por Decisión 2001/9/CE¹⁹⁴, se decretaron medidas de control aplicables a las establecidas mediante la Decisión anteriormente mencionada. En este contexto, la *Prefettura di Treviso* decomisó

¹⁹⁰ Asunto C-393/01/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha veintidós de mayo de 2003.

¹⁹¹ Mediante esta decisión se había fijado la fecha de expedición de productos bovinos desde Portugal hacia Francia.

¹⁹² Asunto C-286/02/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha primero de abril de 2004. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 13 de abril del 2015.

¹⁹³ Bélgica. Decisión 200/766/CE, de cuatro de diciembre del 2000, relativa a determinadas medidas de protección contra las encefalopatías espongiformes transmisibles y la utilización de proteínas animales en alimentación animal. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de siete de diciembre del 2000. Núm. L 306. Pág. 32-33.

¹⁹⁴ Bélgica. Decisión 2001/9/CE, de veintinueve de diciembre de 2000, relativa a las medidas de control requeridas para la aplicación de la Decisión 200/766/CE del Consejo relativa a determinadas medidas de protección contra las encefalopatías espongiformes transmisibles y la utilización de proteínas animales en alimentación animal. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de cinco de enero del 2001. Núm. L 2. Pág. 32-40.

harina de pescado importada desde Noruega por la sociedad Bellio Fratelli destinada a la producción de alimento para animales no rumiantes y que contenía fragmentos de tejido óseo de mamíferos. Como bien se sabe, se había decretado medidas de protección contra las encefalopatías espongiiformes comúnmente vinculadas al ganado bovino, por lo que, al encontrar esos fragmentos, aunque fueren en una cantidad mínima, originó la alerta. El litigio, entonces se basó en determinar si, atendiendo a los principios de precaución y proporcionalidad, podría admitirse un margen mínimo de tolerancia para la presencia de sustancias no autorizadas en la mercancía incautada, atendiendo al caso concreto. Al respecto, el Tribunal de Justicia decretó que las Decisiones previamente mencionadas, se dieron en un marco de lucha contra tal enfermedad y su posible transmisión a los humanos, por lo que todo alimento que contenga sustancias no autorizadas y/o prohibidas deberá ser considerado como no apto y, por tanto ser destruida de tal modo que no genere contaminación al ambiente, cumpliendo así con los objetivos de alto nivel de protección de la salud pública.

Tal y como se ha visto la crisis de las “vacas locas” ha servido como detonante para el reconocimiento y consolidación del principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria, por lo que, hoy en día abundan los casos donde se recurre al principio de precautorio para la solución de distintas controversias vinculadas a la comercialización de productos alimenticios y medicamentos.

En este sentido puede mencionarse a la sentencia *Mosanto/Italia*¹⁹⁵ referida a la suspensión de una autorización de comercialización de nuevos alimentos. En este asunto, se abordó el artículo 12 del Reglamento N° 258/97 que permitía a un estado miembro limitar temporalmente o suspender la comercialización y uso de alimentos o ingredientes conformes a la normativa cuando se tuviese información motivada que indique el carácter nocivo de tales alimentos para la salud y/o medio ambiente. Del análisis de caso, el Tribunal de Justicia señaló que tal dispositivo del Reglamento N° 258/97 constituía una manifestación del principio

¹⁹⁵ Asunto C-236/01/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de nueve de septiembre de 2003. Disponible en <http://curia.europa.eu>.. Consultado el 14 de abril del 2015.

de precaución, el mismo que, según reiterada jurisprudencia comunitaria, permite adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que el riesgo cobre existencia real y muestren la magnitud de su gravedad, siempre en un marco de dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas.

Del mismo modo, puede mencionarse la sentencia Comisión/Dinamarca¹⁹⁶ que trata de la prohibición de comercialización de productos alimenticios enriquecidos con vitaminas o minerales. En este caso, se acusó a Dinamarca de incumplir con sus obligaciones comunitarias por condicionar el acceso al mercado nacional de productos nutritivos reforzados elaborados legamente en otros estados, acreditando que el enriquecimiento con aditivos respondía a necesidades de la población danesa. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea recurrió al principio de precaución para señalar que la medida resultaba desproporcionada toda vez que las medidas empleadas para la protección de la salud pública y medio ambiente, a la luz del fundamento precautorio, deben cumplir con el requisito de la proporcionalidad, cosa que en el caso concreto no se dio.

Existen además otras dos sentencias que conciernen a Francia. La primera de ellas¹⁹⁷ resolvió un procedimiento de incumplimiento por parte de Francia quien habría infringido el artículo 28 del Tratado, cuando decidió obstaculizar en su territorio, la comercialización de determinados productos alimenticios sin demostrar su carácter nocivo para la salud pública. Para solucionar el caso se recurrió al principio de precaución y al análisis de riesgo, mencionando que, “en la medida en que subsisten dudas en el estado actual de la investigación científica, los Estados miembros tienen la facultad de decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar, el ejercicio de esta facultad de apreciación debe respetar, en cualquier caso, el principio de proporcionalidad”.

¹⁹⁶ Asunto C-192/01/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de veintitrés de septiembre de 2003. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

¹⁹⁷ Asunto C-24/00/Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha cinco de febrero del 2004. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

La segunda sentencia es la llamada Greenham y Abel¹⁹⁸, en ella el Tribunal de Justicia interpretó los artículos 28 y 30 del Tratado, manteniendo que, “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro prohíba, salvo autorización previa, la comercialización de productos alimenticios legalmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro cuando se les hayan añadido sustancias nutritivas, como vitaminas y minerales, distintas de aquellas cuya utilización se haya declarado lícita en el primer Estado miembro, siempre que se cumplan determinados requisitos”¹⁹⁹. Como puede observarse, el principio precautorio aparece como fundamento de una restricción a la libertad de circulación de mercancías dentro de la Comunidad.

También hay que mencionar los fallos sometidos a la competencia del Tribunal de Primera Instancia referidos a medidas particulares de precaución que afectan directa e individualmente a sujetos privados. En dichas decisiones, el Tribunal de Primera Instancia ha seguido las líneas fijadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y por la Comunicación de la Comisión.

En ese contexto hay que referirse a los casos ya mencionados como el Pfizer Animal Health y otros/ Consejo²⁰⁰, el caso Artogodan y otros/ Comisión. También puede mencionarse un grupo de sentencias donde se recurre al principio de precaución y que se encuentran vinculadas a la responsabilidad patrimonial. Tal es el caso de la sentencia Bergaderm y Goupil/ Comisión²⁰¹, que rechazó una acción indemnizatoria respecto a la Directivas que prohibían la comercialización de ciertos productos cosméticos. Esta sentencia fue ratificada en casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reconoció como apropiada el

¹⁹⁸ Asunto C-95/01/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha cinco de febrero del 2004. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

¹⁹⁹ Apartado 50 del asunto C-95/01.

²⁰⁰ También conocida como sentencia Virginiamicina.

²⁰¹ Asunto T-199/96/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas e fecha dieciséis de julio de 1998. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

recurso al fundamento precautorio para avalar la media normativa adoptada.²⁰²

El mismo destino sucedió con la sentencia Biret International/ Consejo²⁰³ puesto que fue, más adelante, confirmada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-94/02²⁰⁴ de fecha 30 de septiembre de 2003. En este caso el Tribunal de Primera Instancia, se pronunció sobre las consecuencias patrimoniales de la prohibición de importar a terceros países carnes de animales tratados con sustancias de efecto hormonal.

También se encuentra el caso de Industrias Químicas del Vallés de fecha 28 de junio de 2005²⁰⁵ relativa a la autorización y revocación de autorización para comercializar productos fitosanitarios. En este asunto, el Tribunal señala que “los objetivos perseguidos por la Directiva 91/414 no son la protección del mercado o de la competencia, sino la protección de la salud humana o animal y del medio ambiente. Este objetivo es conforme al principio de cautela y responde a la jurisprudencia que consagra la primacía de la protección de la salud y del medio ambiente sobre los intereses económicos”²⁰⁶.

No puede obviarse mencionar la sentencia Greenpeace France²⁰⁷ donde se plantearon dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 90/220/ CEE²⁰⁸ que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió. En este asunto

²⁰² BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de Precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español. Op. Cit.* Pág. 78.

²⁰³ Asunto T-210/00/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 11 de enero de 2002. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

²⁰⁴ Asunto C-94/02/Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultada el 14 de abril del 2015.

²⁰⁵ Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

²⁰⁶ RECUERDA GIRELA, M. *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos. Op Cit.* Pág. 146.

²⁰⁷ Asunto C-6/99/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 21 de marzo del 2000. Disponible en <http://curia.europa.eu>. Consultado el 14 de abril del 2015.

²⁰⁸ Luxemburgo. Directiva 90/220/CEE, de fecha 23 de abril de 1990, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de fecha 8 de mayo de 1990, núm. L 117. Pág. 15 - 27. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/>. Consultada el 14 de abril del 2015.

Greenpeace France, recurrió una orden ministerial que incluyó en el catálogo oficial de especies y variedades de plantas cultivadas en Francia una determinada especie de maíz transgénico. Habiendo suscitado tal orden ministerial en relación a la Directiva mencionada, se suscitaron dos preguntas entorno a la interpretación de los artículos 13.2 y 13.4 de la Directiva que, según había alegado la Greenpeace France, resultaba contradictorio al principio de precaución, a lo que el Tribunal de Justicia respondió que el artículo 8º de dicha directiva establecía procedimientos y criterios armonizados para la evaluación caso por caso de los riesgos potenciales derivados de la liberación intencional de organismos modificados genéticamente (OMG) en el medio ambiente y que “ (...) las autoridades nacionales competentes disponen a tal efecto de una facultad de apreciación para asegurarse de que la notificación mencionada en el artículo 11 de la Directiva 90/220/CEE se ajusta a las exigencias de ésta, concediendo especial atención a la evaluación de los riesgos derivados de la comercialización de productos que contengan OMG para el medio ambiente y la salud humana, tal como se prevé en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 90/220 y se menciona en el tercer considerando”²⁰⁹. Ahora bien, esta sentencia recoge el principio precautorio para indicar que “el respeto del principio de precaución encuentra su expresión, por un lado, en la obligación del notificante, prevista en el artículo 11, apartado 6, de la Directiva 90/220, de informar inmediatamente a la autoridad competente de cualquier elemento de información nuevo respecto a los riesgos que presente el producto para la salud humana o el medio ambiente, así como en la obligación de la autoridad competente, prevista en el artículo 12, apartado 4, de comunicarlo inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros y, por otro, en la facultad de todo Estado miembro, prevista en el artículo 16 de esta Directiva, de restringir o prohibir provisionalmente el uso y/o la venta en su territorio de un producto que haya sido objeto de autorización respecto al cual existan razones suficientes para considerar que presenta un riesgo para la salud humana o el medio ambiente”²¹⁰.

²⁰⁹ Fundamento jurídico 42 de la sentencia Greenpeace France.

²¹⁰ Fundamento jurídico 44º de la sentencia Greenpeace France.

A manera de conclusión puede señalarse que el principio de precaución ha evolucionado también dentro de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal de Primera Instancia, llegando a ser reconocido como verdadero principio general de Derecho. Asimismo, si bien se encuentra muy vinculado a determinadas materias como son la salud pública y la protección del medio ambiente, posee fuerza expansible inherente a su naturaleza y a las condiciones en que se desenvuelve la vida, teniendo en cuenta la existencia de riesgos imprevisibles y conocimientos científicos que generan continuas incertidumbres. No puede olvidarse el hecho de que el principio también tiene límites, como lo son los demás principios generales de derecho, entre ellos el principio de proporcionalidad; que deben observarse para no caer en algún exceso al momento de adoptar medidas precautorias.

Finalmente, queda mencionar que, a tenor de todo lo expuesto, este principio se encuentra reconocido por todas las instituciones comunitarias, por el ordenamiento jurídico normativo y jurisprudencia, desempeñando un papel fundamental y decisivo en el desarrollo de todas las acciones de la Unión Europea.

CAPITULO III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO PERUANO

3.1. El principio precautorio en el marco normativo nacional

En capítulos precedentes se ha mencionado el proceso de evolución que siguió el principio en estudio para llegar a su formulación normativa. En este sentido, muchos países lo reconocen y ejecutan a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales del ser humano. El Perú no ha sido ajeno a este movimiento y ha incluido en su sistema normativo al principio de precaución como un mecanismo o instrumento que garantice la protección de los derechos fundamentales cuando concurren determinadas circunstancias.

Para situarse mejor en la comprensión del presente capítulo, considero indispensable dar algunas nociones o ideas generales respecto a la situación actual que afronta el Perú como país abundante en recursos biológicos y la posición del gobierno como entidad orientada a la protección de dicha diversidad a través de políticas ambientales que prevén mecanismos de acción para asegurar el cumplimiento de sus fines.

Es un hecho conocido que el Perú es un país rico en diversidad biológica y se encuentra dotado de extensa variedad en recursos naturales, razón por la cual ha sido considerado como un país megadiverso²¹¹. Sin embargo, actualmente, los peruanos y, en general, la

²¹¹ La megadiversidad es un concepto creado por la organización medioambiental Conservation International para llamar la atención sobre las zonas del planeta que

humanidad entera afrontan graves problemas que comprometen de manera negativa la sostenibilidad de futuras generaciones.

Temas trascendentales como el cambio climático²¹²; la reducción alarmante de los bosques; degradación de los suelos agrícolas; crisis del agua; tratamiento de residuos sólidos y el calentamiento global²¹³ han puesto en alerta a la población universal debido a su impacto negativo en el desarrollo socioeconómico de las naciones y del mundo globalizado. Asimismo, no puede olvidarse las consecuencias que generarían tales impactos en países donde existe un alto índice de pobreza y mortandad que muchas veces el gobierno no puede afrontar debido a su escasez en recursos económicos.

En el Perú el cambio climático representa el problema más grave en atención a las consecuencias que ha generado su incidencia en el medio ambiente. Ejemplo de ello es el derretimiento acelerado de los glaciares andinos que compromete el abastecimiento de agua de ciertos sectores, sobretodo de la costa, que subsisten gracias al agua que proviene de los Andes y de otros glaciares. Del mismo modo puede mencionarse el caso de los bosques destruidos por la tala ilegal y la

concentran una mayor riqueza biológica y poner los medios para protegerla. Se estima que hasta un 70% de la diversidad biológica del planeta y un 45% de la población mundial, que representa la mayor diversidad cultural, se encuentran en 17 países, una superficie que ocupa el 10% del total del planeta. El Centro de monitoreo de conservación ambiental, un organismo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente fundado en 1979, ha identificado 17 países megadiversos. El continente americano alberga el mayor número de países megadiversos, siete en total (Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, México, Perú y Venezuela), seguido de Asia, con cinco (China, Filipinas, Indonesia, India y Malasia), tres en África (Madagascar, República Democrática del Congo y Sudáfrica) y los dos restantes en Oceanía (Australia y Papúa Nueva Guinea). En 2002 a iniciativa de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, se firmó la Declaración de Cancún, mediante la cual crearon el Grupo de Países Megadiversos Afines, al que hoy pertenecen también Bolivia, Filipinas y Malasia.

²¹² El artículo 1, párrafo segundo de la Comisión Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático define al cambio climático como: “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.

²¹³ Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, define a calentamiento global como el incremento a largo plazo en la temperatura promedio de la atmósfera que se debe, generalmente, a la emisión de gases de efectos invernadero que se desprenden por actividades antropogénicas.

quema para ampliaciones de frontera agropecuaria siendo que actualmente se ha perdido más de 10 millones de hectáreas de bosque amazónico y 5 millones de bosques andinos. También puede mencionarse el caso de la degradación de los suelos agrícolas productos de la salinización y la consecuente erosión y pérdida de la fertilidad. A su vez, la contaminación de los mares y aguas continentales se convierte en otro problema grave puesto que, en el Perú, aproximadamente el 95% de los municipios a nivel nacional arroja sus aguas servidas en ríos y lagunas cercanas sin contemplar la posibilidad de reciclarlas²¹⁴. Respecto a los residuos sólidos en los últimos años se ha producido desechos, mayormente plásticos y sintéticos, en abundancia por lo que los ecosistemas no poseen la capacidad de reconvertirlos a la misma velocidad que se producen lo que genera una acumulación constante.

Según Brack Egg²¹⁵, el único camino para luchar contra las consecuencias y el deterioro causado por el cambio climático es la sostenibilidad del desarrollo que abarca cuatro aspectos importantes: a) crecimiento económico referido a generación de riquezas y su adecuada distribución, b) sostenibilidad social que abarca los problemas referentes a la calidad de vida y pobreza, donde el Perú aún se encuentra luchando para seguir reduciendo los índices de pobreza y pobreza extrema²¹⁶; c) la sostenibilidad ambiental, que consiste en revertir procesos de deterioro de recursos y disminuir los impactos negativos; d) la sostenibilidad ética, es decir, la transparencia en la gestión pública y empresarial, y la obligación de informar en forma veraz a los consumidores y usuarios.

Tal parece que la concientización respecto a la protección de los recursos y de la diversidad biológica, ha ido creciendo cada vez más en el sector político debido a que el Perú no sólo ha elaborado y promulgado diversas leyes y normas infralegales tendentes a tal fin, sino que también ha adoptado y ratificado diversos instrumentos internacionales cuyos objetivos y fines apuntan a la consecución de la conservación de la

²¹⁴ Cfr MORALES CASTILLO, F. BRACK EGG, A. *Hacia una Justicia Ambiental*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2008. Pág. 24.

²¹⁵ Cfr. *Ibidem*. Pág. 28.

²¹⁶ Según la nota de presan del año 2014 emitida por el Instituto Nacional de Informática y Estadística, la tasa de pobreza se estimó en 22,7% habiendo disminuido en 1,2% respecto al año 2013. Sin embargo aún existen zonas con pobreza extrema siendo los más afectados la población cuya lengua es nativa. Disponible en <http://www.inei.gob.pe>. Consultado el 3 de mayo del 2015.

biodiversidad. Sin embargo, es conveniente preguntarse por la eficacia del derecho convencional en el derecho interno con miras a determinar el grado de cumplimiento del contenido de los tratados, pactos, declaraciones y convenciones a los que el Perú se ha sumado. Aparentemente se cumplirían siendo prueba de ello tanto las leyes y reglamentos en materia ambiental que se han venido produciendo, como instituciones y órganos creados con el fin de fiscalizar, evaluar y controlar el cumplimiento y/o adecuación a los mismos.

No obstante, a pesar de los esfuerzos del sector político por brindar una legislación fuerte y por crear organismos especializados en materia ambiental cada vez dotados de más facultades y funciones, la realidad peruana, si bien ha ido mostrando algún resultado positivo entorno a la consecución de los fines que en la política medioambiental se prescriben, denota una ineficiente o carente operatividad jurídica respecto a ciertos temas, ya sea por la falta de conocimiento y especialización en los mismos o por la inexistencia de normas de adecuación que permitan una correcta implementación de mecanismos tendentes a efectivizar la norma.

Un ejemplo muy claro es el que nace a partir del desarrollo de la ciencia y el avance de la tecnología. No cabe duda que el último siglo ha sido el de los grandes descubrimientos en salud y biotecnología. La investigación científica se ha expandido a diversos campos, destacando los relativos a la salud, seguridad alimentaria, farmacológico y biología, lo que conlleva a preguntarse por el grado de inocuidad de los productos, procedimiento y descubrimientos que se genera a partir de la misma y sus efectos en la salud y medio ambiente.

Como bien se sabe, existen ciertos parámetros jurídicos que se deben tomar en cuenta al momento de solicitar permiso para, por ejemplo, introducir un producto nuevo al mercado o para ejecutar una actividad económica o un procedimiento diferente a los que se han venido dando. Es así que se exige, continuando con el ejemplo, certificaciones de inocuidad alimentaria, inscripción en registros, estudios de impacto ambiental, etc., sin olvidar la constante vigilancia que se ejerce sobre ellos. Sin embargo, tales requisitos buscan evitar la materialización de un daño cierto y cognoscible sobre el ambiente y salud humanas, por lo que los mecanismos y acciones tendrían un enfoque meramente preventivo.

No obstante, es preciso indicar que no todo se mueve en el campo de lo cierto y seguro puesto que, como bien es sabido y corroborado por la historia, las nuevas tecnologías y los nuevos descubrimientos atraen, a su vez, nuevos riesgos y daños que aún se desconocen ya sea por la falta de experiencia o por el escaso e incluso inexistente conocimiento en torno a los mismos que impide elaborar disposiciones jurídicas de protección ante tales situaciones, quedando de tal manera expuestos los derechos fundamentales que se vienen mencionando. En este sentido habría que preguntarse por el método, fórmula o mecanismo a accionar para evitar la temible concreción de dichos riesgos y daños, así como el grado de afectación de los mismos hacia las personas y el ambiente.

En el Perú se han suscitado debates entorno a ciertos temas controvertidos como es el caso de las antenas de telefonía fija de ciertas empresas privadas de telecomunicaciones, también de medicamentos para el control natal²¹⁷ y de diversos productos genéticamente modificados y su introducción al mercado de consumo peruano.

Como ya se había mencionado, el desarrollo tecnológico y científico en el campo de la biología, ha generado una serie de avances tanto en el rubro de la salud como en la industria alimentaria, llegando a generarse, incluso debates y polémicas entorno a la introducción en el país de los organismos genéticamente modificados, también conocidos como organismos vivos modificados.

Aun no se sabe con exactitud cuáles serían las posibles consecuencias de la liberación de los Organismos Genéticamente Modificados y sus implicancias para la población más vulnerable, siendo ésta la constituida por pequeños agricultores que son los que conforman la mayoría del sector agrícola en el Perú.

Concretamente se teme que dichas repercusiones generen riesgos que resulten altamente nocivos e irreversibles para la salud humana y para el medio ambiente por lo que aún las autoridades no se muestran muy decididas a brindar su apoyo a la introducción de los mismos dentro de la cadena de consumo en el mercado peruano, justificándose, para tal caso, en un enfoque precautorio.

²¹⁷ Su estudio se desarrollará en un apartado posterior.

En vista de lo expuesto, el gobierno ha desarrollado políticas de Estado basadas en objetivos referidos al desarrollo sostenible y la gestión ambiental. Del mismo modo, se han elaborado leyes en base a los lineamientos brindados por las mencionadas políticas que contemplen mecanismos que permitan o faciliten la consecución de sus fines atendiendo a una perspectiva preventiva y precautoria.

No obstante, como se sabe, la regulación peruana entorno al tema ambiental y, concretamente acerca del principio precautorio, aún se encuentra en desarrollo por lo que resulta muy lógico pensar que existen países que se han ocupado de estudiar y promulgar normas de contenido y bases más sólidas, o al menos, mucho más consolidadas que las que el Perú ha generado. De hecho, la producción jurisprudencial y normativa referida, en general al tema ambiental y, en particular, al tema precautorio se haya mucho más avanzado en la Unión Europea donde la gravedad del daño y las condiciones de incertidumbre en que se enmarcaba, despertaron un enorme interés en su investigación y análisis, haciendo posible la consecución de soluciones justas y equilibradas garantes de los derechos fundamentales.

No debe olvidarse el hecho que, en el plano internacional, diversos países, conscientes de la problemática ambiental que se vive en la actualidad, han optado por reunirse y promulgar instrumentos internacionales de contenido vinculante para todos los estados firmantes por lo que la recepción, implementación y control de su cumplimiento en el derecho interno de cada estado, reviste una importancia trascendental a la hora de proteger el ambiente, la salud y los derechos conexos.

En este orden de ideas y ya habiéndose hablado de la importancia del principio en la defensa de los derechos de la persona, resulta indispensable pronunciarse sobre la regulación del principio en estudio en el derecho peruano a partir de su formulación en el derecho de los tratados, convenciones, declaraciones y pactos ratificados por el Perú, así como la eficacia de los diversos mecanismos que ejercen facultades de fiscalización y control sobre su implementación y cumplimiento en derecho nacional.

3.1.1. Marco legal nacional de instrumentos internacionales en materia ambiental

Como se ha mencionado en capítulos precedentes, la conciencia mundial respecto a las consecuencias medio ambientales generadas a partir del desarrollo tecnológico y científico a lo largo de la historia del hombre han contribuido a la celebración de numerosos tratados internacionales dentro de los cuales habría que destacar aquellos en los que el Perú, se ha sumado ratificando su contenido.

En este sentido pueden mencionarse algunos instrumentos internacionales como la Convención Relativa a los Humedales de importancia internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas²¹⁸; Convención para el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres²¹⁹; Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña²²⁰; Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono²²¹; Protocolo de Montreal

²¹⁸ Conocido como Convenio RAMSAR, aprobado en Ramsar, Irán el 2 de febrero de 1971, cuyo objetivo radica en la conservación y el uso racional de los humedales a través de la acción a nivel nacional y mediante la cooperación internacional, a fin de contribuir al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo. Fue suscrito por nuestro país el 28 de agosto de 1986 y ratificado mediante Resolución Legislativa N° 25353 de 23 de noviembre de 1991 – Instrumento de ratificación de fecha 12 de diciembre de 1991. Vigente desde el 30 de marzo de 1992.

²¹⁹ Llamado también Convenio CITES, celebrado en Washintong, Estados Unidos el 3 de marzo de 1973, con el objetivo de establecer una red para el control del comercio internacional, regulando la importación, exportación y reexportación de especies animales y vegetales amenazadas, vivos o muertos, así como sus partes y derivados, a través de un sistema de permisos y certificados. Fue suscrito por Perú el 30 de diciembre de 1974, posteriormente fue aprobado por el Gobierno Revolucionario mediante Decreto Ley N° 21080 de fecha 21 de enero de 1975, Instrumento de ratificación de fecha 18 de junio de 1975. Vigente desde el 25 de setiembre de 1975.

²²⁰ Se celebró y suscribió en la ciudad de Lima, el 20 de diciembre de 1979. Aprobado por Decreto Ley N° 22984 de fecha 15 de abril de 1980. Entro en vigencia de manera provisional el 20 de diciembre de 1979 y de manera definitiva el 19 de marzo de 1982.

²²¹ Aprobado en Viena, Austria el 22 de marzo de 1985, con el objetivo de alentar la investigación y la cooperación general entre los países, así como el intercambio de información para la protección de la capa de ozono. Fue ratificado en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 24931 de 07 de noviembre de 1988. Entro en vigencia el 06 de julio de 1989.

sobre las Sustancias que agotan la Capa de Ozono²²²; Convenio de Basilea sobre movimiento transfronterizo de desechos tóxicos peligrosos²²³; Convenio sobre Diversidad Biológica²²⁴; Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²²⁵; Convenio Internacional de las Maderas Tropicales²²⁶; Convención Internacional de la Lucha Contra la Desertificación y la Sequía²²⁷; Convención para la Conservación de las Especies Migratorias de animales silvestres²²⁸; Convenio y establecimiento de la Red

²²² Se celebró en Montreal, Canadá el 16 de setiembre de 1987, con el fin de proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar el consumo, producción y comercio mundial de las sustancias que agotan la capa de ozono. Aprobado con Resolución Legislativa N° 26178 del 26 de marzo de 1993, entrando en vigencia el 29 de junio de 1993.

²²³ Se aprobó en la ciudad de Basilea, Suiza el 22 de marzo de 1989, con el objeto de minimizar la generación de desechos peligrosos en términos de cantidad y peligrosidad; Reducir el movimiento de desechos peligrosos (tóxicos, venenosos, explosivos, corrosivos, inflamables, eco tóxicos e infecciosos. En Perú se aprobó mediante Resolución Legislativa N° 26234 del 19 de octubre de 1993, entrando en vigencia el 21 de febrero de 1994.

²²⁴ Su objetivo es la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos. Celebrado en Rio de Janeiro, Brasil el 5 de junio de 1992, suscrito por Perú el 12 de junio de 1992 y aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26181 de fecha 11 de mayo de 1993. Entro en vigencia el 5 de setiembre de 1993.

²²⁵ Este convenio se celebró en Nueva York, Estados Unidos el 9 de mayo de 1992. Suscrito por el Perú el 12 de junio de 1992. Aprobado por Resolución Legislativa N° 26185 del 12 de mayo de 1993. Entró en vigencia el 21 de marzo de 1994. Su objetivo es la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos. Disponible en <https://carhuanuco.files.wordpress.com>. Consultado el 10 de mayo del 2015.

²²⁶ Se aprobó en Ginebra, Suiza el 26 de enero de 1994, suscrito por el Perú el 29 de agosto de 1994. Aprobado por Resolución Legislativa N° 26515 el 4 de agosto de 1995, entrando en vigencia el 1 de febrero de 1996.

²²⁷ Fue celebrado en París, Francia el 17 de junio de 1994, suscrito por el Perú el 15 de octubre de 1994. Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26536 del 2 de octubre de 1995. Vigente a partir de 26 de diciembre de 1996. Tiene como fin luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía. Estrategias para el aumento de la productividad de las tierras, la rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento de tierras y recursos hídricos, para mejorar las condiciones de vida.

²²⁸ Conocido como la Convención de BONN, firmado en Bonn el 23 de junio de 1979, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002/97-RE, de fecha 24 de enero de 1997; vigente desde el 1 de junio de 1997.

Internacional del Bambu y el Rattan²²⁹; Convenio para la aplicación del procedimiento previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligroso objeto de comercio internacional²³⁰; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes²³¹; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²³²; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica²³³.

Del mismo modo, el Perú también ha suscrito y ratificado convenios, pactos y tratados internacionales cuyo contenido no necesariamente tiene como protagonista a la materia ambiental sino los derechos fundamentales de la persona exigiendo a los estados parte, la implementación de mecanismos que contribuyan a defender y salvaguardar tales derechos. No obstante, es preciso

²²⁹ Suscrito en Pekín, China el 6 de noviembre de 1997. Fue suscrito por el Perú con fecha 6 de noviembre de 1997. Hasta la fecha, aún no ha sido ratificado.

²³⁰ Fue aprobado en Rotterdam, Holanda el 10 de setiembre de 1998. Suscrito por el Perú el 11 de setiembre de 1998; aprobado por Resolución Legislativa N° 28417 del 10 de diciembre de 2004; ratificado por Decreto Supremo N° 058-2005-RE, entrando en vigencia a nivel internacional el 24 de febrero de 2004 y a nivel nacional el 13 de diciembre de 2005. Tiene como fin de promover la responsabilidad compartida en el comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos, para proteger la salud humana y el medio ambiente.

²³¹ Se celebró en Estocolmo, Suecia el 23 de mayo de 2001, misma fecha en que Perú lo suscribió. Fue aprobado por Decreto Supremo N° 067-2005-RE de 10 de agosto de 2005; entro en vigor a nivel mundial el 17 de mayo de 2004 y a nivel nacional el 13 de diciembre de 2005. Tiene como objetivo proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes.

²³² Fue aprobado el 11 de diciembre de 1997 durante la Tercera Conferencia de las partes de la Convención y se abrió para la firma el 16 de marzo de 1998. Fue suscrito por el Perú el 13 de noviembre de 1998. Aprobado por Resolución Legislativa N° 27824 de fecha 9 de setiembre de 2002. Entró en vigencia el 16 de febrero de 2005. Se celebró con el fin de reducir y/o limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, para promover el desarrollo sostenible.

²³³ Aprobado en Montreal, Canadá el 29 de enero de 2000. Suscrito por el Perú el 24 de mayo de 2000; aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28170 de fecha 13 de febrero de 2004 y ratificado por Decreto Supremo N° 022-2004-RE. Entró en vigencia el 13 de julio de 2004. El fin de dicho instrumento es garantizar un nivel adecuado de protección de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y los movimientos transfronterizos.

indicar que si bien estos tratados no abarcan de manera directa la materia ambiental, si resaltan su importancia al relacionarlas con el derecho a la vida, a la salud y a vivir o desarrollarse en un ambiente sano.

En ese sentido, cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³⁴ en cuyo artículo 3° establece que “toda persona tiene derecho a la vida”; y el artículo 25° “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar”. También se encuentra la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²³⁵ donde su artículo 1° señala que: “todo ser humano tiene derecho a la vida, (...)” y el artículo 11° señala que: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada”. El artículo 44° de la Carta de la Organización de Estados Americanos²³⁶ dispone que “(...) derecho al bienestar material y a un trabajo que permita asegurar la vida y la salud”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³⁷ dispone en su artículo 6° que: “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³⁸ establece en el

²³⁴ Antiguamente llamada Declaración de los Derechos del Hombre. Fue adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 y posteriormente aprobada mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 09 de diciembre de 1959. Disponible en <http://www.confiep.org.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²³⁵ Fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos. RIVERA ACEVEDO, E. CARMONA FUENTES, P. (otros). Compendio de derechos humanos: tratados internacionales de los que el Perú es parte. Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Lima. 2012. Pág. 405. Disponible <http://www.minjus.gob.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²³⁶ Suscrita en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana. El Estado peruano ratificó la Carta de la OEA en mayo de 1952. Disponible en <http://www.cidh.oas.org>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²³⁷ Fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 16 de diciembre de 1966. El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977. Aprobado por Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978. Instrumento de Adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978 (el Instrumento de Adhesión fue aceptado como ratificación por la Naciones Unidas por ser el Perú signatario). Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978 (según Art. 27 de la Convención). Disponible en <http://www.confiep.org.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²³⁸ Adoptado por Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Perú lo firmó el 11 de agosto de 1977. Aprobado por Decreto Ley N° 22129 del 28

artículo 11° “(...)el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”²³⁹. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁰ señala en su artículo 4° que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”²⁴¹.

Como puede observarse, el Perú cuenta con un amplio marco regulatorio internacional que reconoce y protege los derechos del ser humano referentes, en general, a la salud, la vida y el ambiente sano. Sin embargo, cabe mencionar que dentro de este catálogo de instrumentos internacionales, solo algunos recogen de manera expresa y otros de manera implícita el principio precautorio, objeto de estudio de la presente investigación. En este sentido, resulta indispensable determinar, cuales son los tratados, convenciones, pactos y declaraciones que prevén el principio de precaución y cuál es el alcance de su vinculatoriedad respecto a los estados parte.

Dicho esto, habría que señalar como un primer documento internacional a la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano²⁴² que prevé un conjunto de principios dentro de los cuales se haría referencia al de precaución cuando menciona la necesidad de conservar los recursos naturales para las futuras

de marzo de 1978. Instrumento de Adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978 (El Instrumento de Adhesión fue aceptado como ratificación por la Naciones Unidas por ser el Perú signatario). Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978 (según Art. 27 de la Convención). Disponible en <http://www.confiep.org.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²³⁹ Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <http://www.ohchr.org/>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²⁴⁰ Conocido como Pacto de San José de Costa Rica, adoptado en San José, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Decreto Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978. Entró en vigencia en el Perú a partir del 28 de julio de 1978. Disponible en <http://www.confiep.org.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²⁴¹ Cfr. GOMEZ, J. “Instrumentos Internacionales en materia ambiental”. *Derecho y gestión ambiental, recursos naturales y desarrollo sostenible*. Disponible en <http://jfgomezu.blogspot.pe>. Consultado el 12 de junio del 2015.

²⁴² Fue adoptada el 16 de junio de 1972 en el marco de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, llevada a cabo en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio de 1972. Disponible en <http://www.peruecologico.com.pe/>. Consultado el 12 de junio de 2015.

generaciones, contenida en el principio 2²⁴³; también cuando se señala la necesidad de proteger la capacidad del planeta de producir recursos renovables establecido en el principio 3²⁴⁴; asimismo el agotamiento de los recursos no renovables, según principio 5²⁴⁵, entre otros.

Del mismo modo, la Declaración de Nairobi de 1982, reafirmó la plena vigencia de la Declaración de Estocolmo de 1972, resaltando la importancia de garantizar dichos principios, constituyéndose, de esta manera, una suerte de código de conducta ambiental. Asimismo el principio 3 de dicho instrumento, hace referencia al principio precautorio al indicar la necesidad de administrar y evaluar el impacto medioambiental²⁴⁶.

También puede aludirse a la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 cuyo principio 11 resalta la importancia de la cooperación internacional para evitar la ejecución de actividades donde los efectos adversos no estén claramente definidos aún²⁴⁷. En este mismo orden de ideas se puede mencionar la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que agotan la Capa de Ozono que establecen que se tomarán medidas precautorias para prevenir las emisiones que perjudiquen la capa de ozono, dado que reconocen la existencia de incertidumbres en el plano científico en torno a los riesgos y

²⁴³ Principio 2 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano establece que “ Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”. JANKILEVICH, S. *Las cumbres mundiales sobre el ambiente Estocolmo, Rio y Johannesburgo. 30 años de historia ambiental*. Departamento de Investigaciones de la Universidad de Belgrano. Buenos Aires. 2003. Pág. 23. Disponible en www.ub.edu.ar. Consultado el 12 de junio del 2015.

²⁴⁴ El principio 3 de la misma declaración prevé “Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables”. *Ibidem*. Pág. 23.

²⁴⁵ El principio 5 expresa que “Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo”. *Ibidem*. Pág. 23.

²⁴⁶ MENDEZ CHANG, E. *El principio Precautorio y su Aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*. PUCP, Lima, 1996. Pág. 67.

²⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 67.

daños posibles, tanto para el hombre como para su entorno, que resultan de la destrucción de la capa de ozono²⁴⁸.

No puede dejar de nombrarse, dentro de este az de instrumentos internacionales a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo²⁴⁹ en cuyo principio 15 recoge explícitamente el principio precautorio, el cual reza de la siguiente manera “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”.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, por su parte, recoge en el artículo 3º el principio precautorio al mencionar que: “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, 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. 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. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas (...)”.

Por otro lado, la Convención sobre Diversidad Biológica recoge el principio precautorio en su preámbulo, señalando que: “(...) cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas

²⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 68.

²⁴⁹ Celebrada el 14 de junio de 1992. Aprobada por Resolución 1 durante la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, recoge 27 principios sobre medio ambiente y desarrollo.

científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”. Su inserción en este instrumento internacional promueve una acción internacional eficaz con el fin de frenar y evitar la destrucción de especies biológicas, hábitats y ecosistemas en el mundo²⁵⁰.

Lamentablemente aún no se ha llegado a un consenso generalizado respecto a la obligatoriedad del principio precautorio en el Derecho Internacional. De este modo existe por un lado un sector de la doctrina que señala que su plasmación y reconocimiento en textos internacionales indica la existencia de una conciencia de obligatoriedad u *opinio iuris* tendente a evitar toda actividad que conlleve un potencial riesgo de daño grave o irreversible en un contexto de incerteza científica respecto a su existencia²⁵¹. Según esta línea de pensamiento, de existir una *opinio iuris* generalizada se podría afirmar la existencia de una costumbre internacional que se ha producido casi instantáneamente sin que haya una reiteración práctica en el tiempo²⁵². Respecto al principio precautorio, hay instrumentos internacionales y lineamientos de política Estados que permiten afirmar la existencia de *opinio iuris*; fundamental para la existencia de una costumbre internacional, lo que conllevaría a que este principio, atendiendo a dichas políticas y lineamientos de Estados, sea tomada por costumbre internacional y, por tanto, de carácter vinculante.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la doctrina no es unánime, por lo que existe otro sector de la doctrina que niega todo carácter obligatorio del principio precautorio, definiéndolo como una norma de *soft law*; es decir, una pauta moral

²⁵⁰ Cfr. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Texto Final. Rio de Janeiro, 1992.

²⁵¹ Cfr. MENDEZ CHANG, E. *El principio Precautorio y su Aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*. Op. Cit. Pág. 76.

²⁵² Ello es perfectamente posible toda vez que ya se han producido normas consuetudinarias de modo instantáneo en otros rubros como por ejemplo en materia de regulación del espacio exterior, cuando se lanzó al espacio el satélite Sputnik, creándose la costumbre instantánea de aceptar el vuelo de satélites artificiales por el espacio exterior sobre el territorio de los estados, sin haberse producido objeción alguna con su lanzamiento. Cfr. GEIGEL LOPE-BELLO, N. *Derecho Ambiental Internacional*. Equinoccio. Caracas. 1997. Pág. 172.

de conducta y no una norma obligatoria. En este sentido, su carácter vinculante para los Estados vendría dado por su reconocimiento en otras fuentes de Derecho Internacional como son los tratados.

No obstante, dichos extremos han sido considerados como inconsistentes atendiendo a la realidad y desarrollo de las relaciones internacionales, puesto que si se toma la primera postura, se estaría obviando el rechazo latente por parte de un número de Estados, en su mayoría de gran peso político y económico²⁵³, que niegan la existencia y/o aplicación de políticas basadas en el principio precautorio por ser contrarios a políticas económicas. Del mismo modo, asumir que dicho principio solamente es una pauta moral sería peligroso debido a que su falta de obligatoriedad y observancia traería como consecuencia políticas permisivas respecto de actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente.

Una tercera postura afirma que se trata de una norma consuetudinaria emergente o en proceso de formación²⁵⁴ donde, si bien aún su contenido no es obligatorio a nivel general, tomando en cuenta el carácter no vinculante de la mayoría de instrumentos internacionales que lo recogen, puede ser tomado como guía para los Estados a efectos de negociar y celebrar acuerdos internacionales.

De una y otra forma, lo que debe quedar claro es la relación estrecha que guarda este principio con la protección de los derechos fundamentales de la persona, por lo que la observancia de los instrumentos internacionales reconocidos por el Perú que recogen el enfoque precautorio debería ser sinónimo de vigencia y aplicabilidad en el plano nacional en un marco de incertidumbre respecto a nuevas actividades cuyos potenciales daños aun no son claros.

²⁵³ Como es el caso de Estados Unidos, China, y otras potencias mundiales.

²⁵⁴ Cfr. MENDEZ CHANG, E. *El principio Precautorio y su Aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*. Op. Cit. Pág. 78.

3.1.2.Recepción interna de estándares internacionales en materia ambiental

La suscripción de acuerdos vinculantes entre estados se ha venido dando en base a una necesidad de cooperación entre los mismos a efectos de una ayuda mutua para la consecución de uno o varios objetivos específicos. Sin embargo, muchas veces la forma en que dichos acuerdos se encuentran redactados, representa una dificultad a la hora de determinar el alcance de su obligatoriedad. En este sentido es que conviene analizar la manera en que los diversos tratados que se han venido celebrando a lo largo de la historia y de los que el Perú forma parte; se han acoplado a la legislación nacional y, del mismo modo, la magnitud de su efectividad como mecanismos que garantizan la protección y plenitud de los derechos a la salud y medio ambiente sano.

Del apartado precedente se deduce que la protección de los derechos humanos no solo se limita a la protección de los derechos fundamentales ya reconocidos por la Constitución sino también a los previstos en instrumentos internacionales y los que la jurisprudencia internacional también desarrolla. En este sentido, el Derecho Internacional se convierte en protagonista en cuanto a la defensa de estos derechos puesto que potencia su protección y garantía en el ámbito interno de un Estado. De este modo, se puede observar las diversas sanciones contenidas en fallos de tribunales internacionales donde se sanciona al Estado incumplidor del pacto adoptado.

Ahora bien, la forma en que se incorporan los tratados en el sistema jurídico nacional dependerá del tipo de sistema constitucional que tenga el Estado receptor. Será monista cuando exista unidad entre el derecho interno y el derecho internacional lo que permitirá la inclusión automática de los tratados en el ordenamiento nacional, primando siempre o la norma internacional o la nacional. Para Novak²⁵⁵, “supone la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado

²⁵⁵ NOVAK, F. y GARCIA-CORROCHANO, L. *Derecho Internacional Público*. Tomo 11: *Sujetos de Derecho Internacional*, vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. Pág. 325.

ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente”. Kelsen, como firme defensor de esta teoría, manifestaba que, “existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico, norma única que termina por unir al Derecho Interno con el Internacional ya que ambos encuentran en ella su razón de validez”.

La teoría dualista²⁵⁶, por su parte, mantiene que se trata de dos sistemas diferentes por lo que, para que la norma internacional se incorpore al sistema jurídico nacional será necesario pasar por un proceso transformación legislativa donde la norma internacional se transcribirá en una ley para, luego, ser sujeta al procedimiento regular de aprobación de leyes, para que recién pueda entrar en vigencia a nivel nacional. En tal sentido, se trataría de dos derechos de fuente diferente.

Claramente ambas teorías presentan problemas. Respecto a la teoría dualista se critica que no es necesario que la norma internacional tenga que constar de manera expresa en una ley nacional para que surta efecto debido a que ello contraviene los principios de derecho internacional. Del mismo modo existiría la posibilidad de que una norma interna posterior derogue la norma internacional incorporada de forma dualista lo que también vulneraría dichos principios²⁵⁷.

Respecto a la teoría monista, se critica que no se determine cuál es la norma²⁵⁸ que prima, por lo que Kelsen, a fin de salvar dicha teoría, dejó en manos de la política y, por tanto, de un grupo mayoritario la decisión de otorgar la primacía normativa de la norma nacional sobre la internacional o viceversa.

²⁵⁶ También llamado de incorporación especial o formal.

²⁵⁷ Como es el caso de primacía de la norma internacional, *pacta sunt servanda* y buena fe. GATTAS ABUGATTAS, G. *Sistemas de Incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?* Agenda Internacional. Arequipa. 2005. Pág. 10. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/>. Consultado el 21 de junio del 2015.

²⁵⁸ Si la norma nacional o la norma convencional.

El Perú adopta el sistema monista para la incorporación de los tratados internacionales por lo que la norma convencional se incorpora al derecho interno convirtiéndose de esta manera en un solo bloque de normas. Sin embargo, la Constitución actual no ha precisado qué rango ocupa la norma internacional en el ordenamiento jurídico peruano, generándose, consecuentemente, problemas respecto a la primacía de ambas normas²⁵⁹. Es decir, la Constitución actual no define ni expresa claramente cuál es la norma que ejerce supremacía respecto de la otra, a diferencia de su predecesora que sí se ocupó de determinarlo de forma explícita. De hecho, la Constitución de 1979, en su artículo 101° establecía que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”. Evidentemente, la Carta Magna de 1979 determinó la supremacía de la norma convencional sobre la nacional evitando de esta manera conflictos en cuanto a su aplicabilidad. Del mismo modo, dicha Constitución estipuló en su artículo 105° que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional; convirtiéndose esta norma no solo de procedimiento sino también en hermenéutica para la jerarquía de los tratados de derechos humanos dentro del marco constitucional peruano. Finalmente esta norma, en sus disposiciones finales, ratificó algunos tratados que se encontraban pendiente, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶⁰.

En el caso de la Constitución vigente, como se mencionó anteriormente, se critica el haber omitido pronunciarse sobre el rango que posee la norma convencional en el derecho interno peruano, lo que ha generado una serie de confusiones y debates que llevan al desarrollo de posturas que niegan o afirman el nivel constitucional de la misma. Sin embargo la postura más sólida y la que comparto, sienta sus bases en la concepción de que la norma convencional tiene jerarquía constitucional. Al respecto, Hakansson Nieto, menciona cuatro argumentos que confirman la naturaleza constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos:

²⁵⁹ Con ello se refiere a la norma nacional o la convencional.

²⁶⁰ Cfr. CORREA RUBIO.M. “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”. *Pensamiento Constitucional*. Año V N° 5. Pág. 102.

- a) Desde la perspectiva constitucional, los tratados sobre derechos humanos son normas de *ius cogens*. Es decir, de obligatoria observancia por los estados, al igual que su constitución. Y desde el punto de vista constitucional, la protección de los derechos humanos implica a los estados, principalmente, un “no hacer”, “no intervenir”, para asegurar los derechos liberales (como la dignidad, la igualdad y la libertad), y, a su vez, “un hacer” para la protección de los derechos sociales (como la salud, la educación y el trabajo).
- b) La Carta de 1993, inspirada en la Constitución americana, reconoce como parte de su catálogo de derechos, todos aquellos que se deriven de la dignidad del ser humano. Por tanto, los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales también forman parte de la Constitución peruana (...).
- c) La Convención y los tratados internacionales sobre derechos humanos comparten en el fondo la misma finalidad: servir de freno a estados para garantizar la dignidad de la persona y todos los derechos que deriven de ella (...).
- d) Si el Código Procesal Constitucional establece que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica tienen, o gozan, de efecto directo en la jurisdicción peruana (es decir, que no están obligadas a pasar por un proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero); ello nos hace suponer que la jerarquía de dicho tribunal, y sus decisiones sobre Derechos Humanos son jerárquicamente superiores que los órganos constitucionales, como es el caso del propio Tribunal Constitucional peruano, el último garante de los derechos humanos en nuestro régimen jurídico²⁶¹.

Ya habiéndose aclarado el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, y definido el sistema monista de incorporación, es preciso mencionar la forma en que se implementan en el derecho nacional. Al respecto, Mosquera Monelos, ha señalado que la formulación de la actual Constitución

²⁶¹ HACKANSSON NIETO, C. “Posición Constitucional de los Tratados de DDHH en la Carta de 1993”. MOSQUERA MONELLOS, S. (coord.) *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 39 a 42.

y la interpretación que ha brindado el Tribunal Constitucional sobre la misma²⁶², ha creado tres caminos para la recepción formal del tratado en el orden interno:

- “Tratados con habilitación legislativa cuando afectan a disposiciones constitucionales precisan del mismo procedimiento de aprobación que la reforma constitucional.
- Tratados ordinarios o tratados ley, aprobados por el Congreso por Resolución Legislativa (cuando afectan a temas de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del estado, defensa nacional u obligaciones financieras); dentro de ellos los que se refieren a derechos humanos tienen la capacidad de completar el contenido constitucional y el Tribunal Constitucional les asigna rango constitucional.
- Tratados ejecutivos, o acuerdos simplificados firmados directamente por el Presidente de la República y con posterior información al Congreso, por medio de Decretos Supremos lo que los relega al rango de tratados de naturaleza administrativa²⁶³.

Del mismo modo, dicha autora recuerda que “independientemente del procedimiento formal que el derecho interno haya adoptado para la aprobación del tratado²⁶⁴, no puede dejarse de lado lo mencionado por el artículo 3²⁶⁵ de la Ley 26647, referente a las normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano, que establece que el tratado se incorporará al ordenamiento interno una vez que se hayan cumplido las condiciones establecidas en su texto para su entrada en vigencia.

²⁶² Y respecto al tema de los modos de implementación de los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁶³ MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 69 a 70.

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ Artículo 3.- Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente. La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular.

No obstante, debe tenerse en cuenta que muchas veces la implementación del tratado en el derecho interno depende, además, de la naturaleza del mismo que permita la aplicabilidad y vigencia de su contenido. Existen muchos casos en que un tratado, a pesar de haber sido ratificado, su contenido no resulta del todo operativo en marco jurídico nacional. En este sentido, resulta útil recordar que existen tratados que son de aplicación automática y existen otros que requieren de un acto legislativo posterior para poder operar. Los primeros son llamados de naturaleza autoejecutiva²⁶⁶ y los segundos, de naturaleza no autoejecutiva²⁶⁷. Para saber cuándo se encuentra ante uno u otro caso, es necesario recurrir al texto mismo de los tratados donde la formulación de su contenido evidencia operatividad automática de sus disposiciones sin la necesidad de actos complementarios posteriores para lograr su exigibilidad.

En el caso de los tratados *non self executing*, las medidas normativas utilizadas para concretar su aplicabilidad en el derecho nacional pueden ser otorgar a todo o parte del tratado fuerza de ley para que sea aplicado directamente por los tribunales; organizar el texto del tratado en función de los destinatarios de su cumplimiento; usar en derecho interno referencias directas a disposiciones del tratado; traducir el tratado en derecho interno, entre otros²⁶⁸.

²⁶⁶ Los tratados autoejecutivos, también conocidos como *self executing*, según Jimenez Archeaga, requieren de dos presupuestos para ser considerados como tales. En primer lugar que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que comparece ante un juez solicitando su aplicación, para lo cual resulta extremadamente importante la forma de redacción de la norma en cuestión; y la segunda: que la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo subsiguiente. JIMENEZ ARCHEAGA, E. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 7. San José, 1988. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>. Consultado el 28 de agosto del 2015.

²⁶⁷ Por su parte este tipo de tratados son los que requieren de un acto posterior a su ratificación para que pueda ser aplicado por los tribunales.

²⁶⁸ MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 71 a 72.

En este orden de ideas, puede mencionarse que la mayoría de los tratados en material ambiental y que recogen el principio precautorio²⁶⁹, han sido aprobados por Resolución Legislativa como instrumento de ratificación y entrado en vigor según lo dispuesto en el mismo texto del tratado, convenio, protocolo, etc.; como es el caso de lo dispuesto en el artículo 13 y el artículo 17 del Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono²⁷⁰; el artículo 16 y artículo 17 del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que agotan la Capa de Ozono²⁷¹.

²⁶⁹ Como se ha expuesto algunos de ellos son Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que agotan la Capa de Ozono, Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Convenio sobre Diversidad Biológica, etc.

²⁷⁰ Artículo 13 numeral 1 menciona “El presente Convenio y cualquier protocolo estarán sujetos a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por las organizaciones de integración económica regional. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Depositario”.

El artículo 17 expresa: 1. El presente Convenio entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Todo protocolo, salvo que en él se disponga otra cosa, entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de dicho protocolo o de adhesión a él.

3. Respecto de cada Parte que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio o que se adhiera a él después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que dicha Parte haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

4. Todo protocolo, salvo que en él se disponga otra cosa, entrará en vigor para la Parte que lo ratifique, acepte o apruebe o que se adhiera a él después de su entrada en vigor conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, el nonagésimo día después de la fecha en que dicha Parte deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en la fecha en que el presente Convenio entre en vigor para esa Parte, si esta segunda fecha fuera posterior.

5. A los efectos de los párrafos 1 y 2 de este artículo, los instrumentos depositados por una organización de integración económica regional no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización. Disponible en www.magrama.gob.es. Consultado el 28 de agosto del 2015.

²⁷¹ Artículo 16: 1. El presente Protocolo entrará en vigor el 1º de enero de 1989, siempre que se hayan depositado al menos 11 instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación del Protocolo o de adhesión al mismo por Estados u organizaciones de integración económica regional cuyo consumo de sustancias controladas represente al menos dos tercios del consumo mundial estimado de 1986 y se hayan cumplido las disposiciones del párrafo 1 del artículo 17 del Convenio. En el caso de que en esa fecha

Ya se había mencionado la estrecha relación que existe entre los derechos humanos y el principio precautorio. Del mismo modo, se ha señalado que dichos derechos se encuentran recogidos no solo en tratados sino también en otros instrumentos internacionales como protocolos, cartas, convenios, declaraciones, entre otros. Ante ello, es prudente preguntarse si el tipo de instrumento en que se ven recogidos repercute en el alcance de su efectividad. En efecto, la fuerza vinculante de los acuerdos que se recoge en un tratado o convención es mayor que la de un protocolo, una declaración o una carta. El significado del término convención, en su sentido genérico, se refiere a acuerdos internacionales al igual que el tratado. En su sentido estricto, dicha palabra se utiliza para los tratados multilaterales formales con un gran número de partes²⁷². Las cartas, por su parte, se son utilizadas para designar instrumentos oficiales de especial solemnidad, como el tratado constitutivo de una organización internacional²⁷³. En el caso de los protocolos, se usa para acuerdos menos formales que los tratados, convenciones o convenios²⁷⁴. Finalmente, la declaración no

no se hayan cumplido estas condiciones, el presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día contado desde la fecha en que se hayan cumplido dichas condiciones.

2. A los efectos del párrafo 1, los instrumentos depositados por una organización de integración

económica regional no se contarán como adicionales a los depositados por los Estados miembros de esa organización. Disponible en www.mma.gob.cl. Consultado el 28 de agosto del 2015.

²⁷² Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

²⁷³ Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

²⁷⁴ Puede abarcar los siguientes tipos de instrumentos: *a)* Un protocolo de firma es un instrumento subsidiario de un tratado redactado por las partes en éste. Este tipo de protocolo contempla cuestiones accesorias, como la interpretación de cláusulas particulares del tratado, las cláusulas formales no incluidas en él o la reglamentación de aspectos técnicos. Normalmente la ratificación del tratado supone ipso facto la ratificación de este tipo de protocolo. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

b) Un protocolo facultativo de un tratado es un instrumento que establece derechos y obligaciones adicionales respecto de un tratado. Casi siempre se aprueba el mismo día, pero tiene carácter independiente y está sujeto a ratificación por separado. Estos protocolos permiten a determinadas partes del tratado establecer entre ellas un marco de obligaciones que van más allá del tratado general y que no todas las partes del tratado general aceptan, creando así un “sistema de dos niveles”. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 es un ejemplo conocido de este tipo de protocolo. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

siempre es jurídicamente vinculante Este término se usa a menudo deliberadamente para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dan a conocer determinadas aspiraciones. No obstante, las declaraciones también pueden constituir tratados en sentido genérico que han de tener carácter vinculante con arreglo al derecho internacional. Por ello, es necesario establecer en cada caso si las partes tenían intención de crear obligaciones vinculantes. Determinar la intención de las partes suele ser una tarea difícil. Algunos instrumentos denominados “declaraciones” no pretendían tener fuerza vinculante inicialmente, pero puede haber ocurrido que sus disposiciones coincidieran con el derecho consuetudinario internacional o que hayan adquirido carácter vinculante como derecho consuetudinario en una etapa posterior²⁷⁵.

No obstante lo mencionado no se debe olvidar la estrecha vinculación entre el principio precautorio y los derechos humanos, por lo que los acuerdos a los que se arriben en materia ambiental para la protección efectiva de dichos derechos deben tener fuerza vinculatoria, más aún cuando los derechos humanos se exponen a los riesgos y daños de magnitud desconocida pero potencialmente grave.

c) Un protocolo basado en un tratado marco es un instrumento que contempla obligaciones sustantivas concretas para alcanzar los objetivos generales de una convención marco o convención general anterior. Estos protocolos permiten simplificar y agilizar el proceso de elaboración de tratados y se han empleado en particular en el ámbito del derecho ambiental internacional. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

d) Un protocolo de enmienda es un instrumento con disposiciones que modifican uno o varios tratados anteriores, como el Protocolo de 1946 que modifica los acuerdos, convenciones y protocolos sobre estupefacientes. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

e) Un protocolo complementario de un tratado es un instrumento con disposiciones que complementan un tratado anterior. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

f) Un Proces-Verbal es un instrumento en el que constan ciertos entendimientos a que han llegado las partes contratantes. Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

²⁷⁵ Disponible en <http://www.un.org>, consultado el 20 de setiembre del 2015.

3.1.3. Control del cumplimiento del Derecho Convencional en el Perú

Conforme la costumbre internacional, un Estado que forma parte o se adhiere con posterioridad a un tratado ya existente, asume las obligaciones contenidas en el mismo en virtud del cual se compromete a su cumplimiento. Sin embargo, en la práctica internacional no es extraño encontrar casos donde los Estados olvidan u omiten el compromiso que tan dignamente aceptaron al inicio de su inserción como Estado Parte. En este contexto, es que surge el tema de control internacional de los tratados, el mismo que se encuentra íntimamente ligado a los objetivos del derecho y surge “primeramente de la necesidad de respetar y aplicar las normas jurídicas, de la necesidad de mantener la armonía, la paz, la erradicación de la impunidad, por supuesto la protección de los derechos humanos de los individuos que se encuentren en tal o cual Estado”²⁷⁶. En el plano interno, se encuentra ligado al “principio de separación de poderes y la creación de contrapesos, mientras que en el plano internacional implica la función de órganos creados ex profeso para vigilar el cumplimiento y sancionar el incumplimiento de las normas convencionales ya sea vía resoluciones o sentencias”²⁷⁷.

Ya en un apartado anterior se había señalado la forma en que se introducen los tratados internacionales de derechos humanos en el plano jurídico interno. No obstante, la ratificación o adhesión devienen en insuficientes al momento de garantizar que el tratado sea observado y en este sentido eficaz. Es preciso contar con un sistema de control y supervisión del cumplimiento de los tratados a fin de asegurar su plena vigencia.

Dicha exigencia obedece al hecho que, como se mencionó previamente, “el derecho internacional ha incorporado cláusulas expresas dentro del tratado referidas al control y supervisión del tratado, y al mecanismo de resolución de controversias en caso de

²⁷⁶ BECERRA RAMIREZ, M. *El control de aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2016. Pág. 38. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Consultado el 23 de octubre del 2015.

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 39.

incumplimiento del tratado”²⁷⁸, debido a la evidente falta de compromiso del estado respecto a las obligaciones y deberes internacionales asumidos en los tratados.

Como se observa, tendría que acudir al texto de cada tratado para saber qué tipo de controles de cumplimiento exige para vigilar su operatividad. En este sentido, Mosquera Monelos menciona la “necesidad de establecer mecanismos de diálogo entre estado y tratado”²⁷⁹, para lo cual los “órganos de supervisión de los tratados establecen una serie de medidas para ayudar al estado en la correcta implementación del tratado”²⁸⁰.

Por su parte Becerra Ramírez menciona que “el tema de control de cumplimiento está íntimamente ligado con el problema de Estado de derecho a nivel interno, que implica tres características importantes: el predominio del derecho regular frente de la influencia del poder arbitrario; la igualdad ante la ley (...) y la existencia de una Constitución”²⁸¹. Para efectivizar la aplicación del derecho convencional en el derecho interno, se han establecido una serie de mecanismos de control de cumplimiento. Tal es el caso de informes periódicos realizados por los Estados; encuestas, la investigación y las inspecciones in situ. Del mismo modo, existen mecanismos que complementan las medidas preventivas, siendo estos el sistema de denuncias individuales ante órganos de supervisión y demandas o denuncia ante órganos de jurisdiccionales²⁸².

²⁷⁸MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 72.

²⁷⁹ *Ibidem*, pág. 75

²⁸⁰ *Ibidem* pág. 75

²⁸¹ BECERRA RAMIREZ, M. *Control de Cumplimiento de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Pág. 76. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Consultado el 23 de octubre del 2015.

²⁸² En este orden de ideas se deduciría la existencia de mecanismos de autocontrol y heterocontrol. Para el caso de los primeros, se refiere a mecanismos o sistemas de control creados a partir del texto de tratado y encargados de vigilar la aplicación del mismo; en cuanto a los segundos, se agrupan una serie de medios de control de la aplicación del tratado que han sido creados fuera del texto del mismo. En ambos tipos de controles, existen medios de carácter resolutivo y de carácter jurisdiccional como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo órgano resolutivo es

Mosquera Monelos, por su parte, menciona tres tipos de control más utilizados y previstos en la mayor parte de instrumentos internacionales, cuyo fin es vigilar la vigencia de las estipulaciones que contiene su texto. Es así que puede mencionarse en primer lugar los informes del seguimiento de tratado, que recibe un comité encargado de vigilar la adopción y cumplimiento de las disposiciones contenidas en el tratado que además establece el periodo o plazo en que dichos informes deben ser presentados ante el comité²⁸³. Se trata de un “sistema de monitoreo que constituye un dialogo entre orden interno y orden internacional por lo que el control que se lleva a cabo en sede internacional es ejercido por un

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem*, pág. 78. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Consultado el 23 de octubre del 2015.

²⁸³ En materia de derechos humanos, los órganos de tratados de derechos humanos son comités de expertos independientes que supervisan la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos. Están creados de acuerdo con las disposiciones del tratado que supervisan. Cuando un país ratifica uno de los tratados, asume la obligación jurídica de aplicar los derechos reconocidos en ese tratado y se compromete a presentar informes periódicos al comité de seguimiento creado en virtud del tratado sobre cómo los derechos están siendo implementados. Para cumplir con su obligación de informar, los Estados deben presentar un informe inicial por lo general un año después de la unión (dos años en el caso de CDN y CDPD) y, después, periódicamente, de conformidad con las disposiciones del tratado (por lo general cada cuatro o cinco años). Mientras que el proceso de información puede variar ligeramente de un Comité a otro, las características más frecuentes del proceso son las siguientes: i) Un grupo de trabajo previo al período de sesiones del Comité se reúne antes de cada uno de los períodos ordinarios de sesiones del Comité para elaborar una Lista de Cuestiones, esta Lista contiene una serie de preguntas dirigidas a los Estados Parte, formuladas sobre la base de los documentos presentados por el Estado Parte (documento básico común, informe inicial o periódico, anexos al informe) y sobre la información a disposición del Comité presentada por otras partes interesadas, incluyendo las ONGs. ii) El Estado Parte es requerido para proporcionar Respuestas por Escrito a la Lista de Cuestiones antes de la reunión en la que está prevista el examen de su informe. iii) A la luz de toda la información disponible, durante su período de sesiones, en reunión pública, el Comité entabla un diálogo interactivo con la delegación del Estado. Sobre la base de este diálogo, el Comité adopta las Observaciones Finales, que incluyen, entre otras cosas, recomendaciones para la acción dirigidas al Estado. iv) Los Estados deben prestar especial atención en su informe posterior a la aplicación de estas recomendaciones. Algunos órganos de tratados han puesto en marcha los procedimientos de seguimiento a través de los cuales se solicita a los Estados proporcionar información (normalmente dentro de un año) sobre las medidas adoptadas, para poner en práctica un cierto número de recomendaciones que el Comité considera de especial relevancia. Disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org/>. Consultado el 20 de septiembre del 2015.

comité que vigila la aplicación de la norma convencional en sede interna”²⁸⁴. De este modo, es posible detectar incumplimientos y vulneraciones a los derechos y obligaciones contemplados en el tratado, para hacerlos de conocimiento al Estado infractor. Una vez revelado el incumplimiento ante el Estado, el comité procede a nombrar a un agente encargado del seguimiento de la subsanación de las inobservancias a la norma internacional. El contenido de dicho informe señala las medidas adoptadas, se analiza el derecho interno, se determina los progresos y las oportunidades de mejora para una mejor adaptación del derecho convencional a la norma interna.

Como se observa, los informes parten de un control interno que el mismo tratado ha establecido en su texto, ejercido mediante comités u otro entre a quien se le encarga la vigilancia del cumplimiento de las máximas contenidas en el tratado. Como es de esperar la obligación de los estados parte de presentar informes no se cumple en el periodo o plazo indicado en el texto de tratado, por lo que los órganos creados en virtud del tratado han tenido que ajustar los plazos de entrega dada la demora de los estados partes para remitirlos. De igual modo, la velocidad de la revisión, análisis y respuesta de los mismos, una vez presentados ante el comité u órgano designado para tal función por el mismo tratado, tampoco es eficiente lo que genera que estados que si presentan a tiempo sus informes tengan que someterse a largos periodos de espera antes de tener una respuesta del órgano de control.

Un segundo mecanismo de control de cumplimiento de tratados es la denuncia individual. De hecho, este tipo de medida resulta de mayor aplicación que cualquier otro mecanismo, toda vez que el control se hace efectivo cuando un individuo denuncia internacionalmente la vulneración de sus derechos sobre la base de sentencias que inobservan el derecho convencional. Se trata, por tanto de un mecanismo que ordena un dialogo entre el estado y el

²⁸⁴ MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 75 y 76.

órgano internacional de control del tratado²⁸⁵. La Constitución Nacional, al respecto ha señalado en su artículo 205 que pueden acudir a la jurisdicción internacional todo aquel que se considere vulnerado en sus derechos, estableciendo como requisitos para acogerse a la tutela judicial internacional, el agotamiento de la vía previa²⁸⁶ y la pertenencia del Perú en aquellos instrumentos internacionales que reconozcan y se sometan a la competencia de dichos fueros supranacionales. En concordancia, el artículo 114 del mismo cuerpo normativo, enumera una serie de órganos internacionales a los cuales acudir en caso se incurra en el supuesto que engloba el mencionado artículo 205: El comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

Según Mosquera Monelos, “cada estado ha regulado el sistema de queja individuales de modo particular, pero en todos aquellos es posible identificar tres requisitos esenciales (...): primero, que el estado sea parte del tratado; segundo, que los derechos denunciados se encuentren efectivamente protegido por el tratado; tercero, que la víctima haya agotados los mecanismos internos de protección antes de iniciar el procedimiento interno”²⁸⁷.

Finalmente se encuentra la recepción de los fallos internacionales emitidos por tribunales supranacionales respecto a los cuales el Perú se ha reconocido su competencia. De este modo, las decisiones tomadas por los tribunales extranjeros vinculan al Estado a observar el mismo criterio utilizado para resolver, así como ejecutar aquellas sentencias expedidas al calor de un proceso donde el Perú se encuentra en calidad de parte procesal. Atendiendo a ello, es lógico pensar que nuestro país ya ha

²⁸⁵ MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 78.

²⁸⁶ Entendiéndose por tal la jurisdicción nacional.

²⁸⁷ MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos”. MOSQUERA MONELOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág. 79 - 80.

establecido un procedimiento de recepción y/o ejecución de las sentencias emitidas por tribunales extranjeros. Al respecto, la Ley 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales²⁸⁸, señala, en su artículo primero²⁸⁹, la forma en que las sentencias internacionales son ejecutadas en el Perú, en el marco de procesos donde tenga la calidad de demandado. Asimismo, el artículo segundo de la referida Ley, establece las reglas de ejecución de las sentencias supranacionales: concretamente, se refiere a las sentencias condenatorias que imponen al estado peruano la obligación de indemnizar económicamente a todo aquel afectado por los daños y perjuicios ocasionados ante la inobservancia de las normas convencionales. En dicho mismo artículo, además se establece el procedimiento para ejecución de sentencias que condenan a pago de suma de dinero, así como también medidas provisionales siendo estas de inmediato cumplimiento, debiendo ser ejecutadas en un plazo de veinticuatro horas de recibida la comunicación respectiva²⁹⁰. Por otro lado, a efectos de controlar aún más la

²⁸⁸ Promulgado el 5 de julio del 2002 en el Diario Oficial El Peruano. Disponible en <http://docs.peru.justia.com>. Consultado el 20 de octubre del 2015.

²⁸⁹ El artículo primero de la Ley 27775 dispone: “Declárese de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política”. Disponible en <http://docs.peru.justia.com>. Consultado el 20 de octubre del 2015.

²⁹⁰ Artículo 2° de la Ley 27775 establece: Reglas de ejecución de Sentencias Supranacionales. Las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales constituidos según Tratados de los que es parte el Perú, que contengan condena de pago de suma de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas, se ejecutarán conforme a las reglas de procedimiento siguiente: a) Competencia.- La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución. b) Procedimiento para la ejecución de resolución que ordena el pago de suma determinada. Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero, el Juez a que se refiere el inciso a) de este artículo dispone que se notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago ordenado en la sentencia en el término de diez días. c) Procedimiento para el pago de suma por determinar.- Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero por determinar, el Juez Especializado o Mixto a que se refiere en el inciso a) de este artículo, correrá traslado de la solicitud del ejecutante con

ejecución de las sentencias, el artículo 6²⁹¹ de la misma ley, establece un sistema de comunicación del cumplimiento de las mismas donde impone la obligación de informar al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre las medidas adoptadas para cumplir con el fallo. Para el caso de aquellos procesos donde se establezca el pago de una suma de dinero a cargo del estado, el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, dispone que el estado dispondrá de sus propios recursos a fin de satisfacer la obligación impuesta por tribunales supranacionales, nacionales o arbitrales. Asimismo, que en caso que la obligación afecte a dos órganos del estado, ambos responderán de manera mancomunada y en caso no se llegue a determinar el órgano responsable de ejecutar el fallo, será el Consejo de defensa jurídica del Estado quien lo determine.

Es preciso mencionar que el control del cumplimiento de las normas internacionales en materia ambiental ha tenido una evolución puesto que partió desde un ámbito casi nulo de

los medios probatorios que ofrezca, al Ministerio de Justicia por el término de diez días. El representante del Ministerio de Justicia puede formular contradicción exclusivamente sobre el monto pretendido, ofreciendo medios probatorios. Formulada la contradicción o sin ella, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios pertinentes en audiencia de conciliación, en el plazo no mayor de 30 días y pronunciará resolución dentro de los 15 días. La apelación será concedida con efecto suspensivo y será resuelta por la Sala de la Corte Superior correspondiente en igual término. d) Proceso para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, en su caso.- Si la sentencia contiene declaración de que la parte ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado o como consecuencia de los hechos materia de juzgamiento internacional y ha dejado a salvo el derecho del mismo para hacerlo valer conforme a la jurisdicción interna, la parte deberá interponer la demanda correspondiente siguiendo el trámite del proceso abreviado previsto en el Título II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil. e) Ejecución de medidas provisionales.-En los casos que la Corte emita medidas provisionales, ya sea cuando se trate de asuntos que estén en conocimiento de la misma, o bien, a solicitud de la Comisión Interamericana ante la Corte, éstas deberán ser de inmediato cumplimiento, debiendo el Juez Especializado o Mixto ordenar su ejecución dentro del término de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva. Disponible en <http://docs.peru.justia.com>. Consultado el 20 de octubre del 2015.

²⁹¹ Artículo 6 de la Ley 27775 señala que La Corte Suprema de Justicia de la República informará, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la sentencia.

El beneficiario será informado periódicamente de las medidas que se adopten en cumplimiento de la sentencia. Disponible en <http://docs.peru.justia.com>. Consultado el 20 de octubre del 2015.

efectividad hacia uno vinculante. El tema del control de cumplimiento de la norma internacional tiene su fundamento en la cooperación de los Estados para la protección del medio ambiente, entendiendo a este como de interés general para la Comunidad Internacional, por lo que su salvaguarda obedece a esfuerzos conjuntos de los estados, y no de forma individual, a través de parámetros legales que limitarían la soberanía de los estados en pos del interés general de proteger el medio ambiente. No obstante, se recorrió un camino largo para llegar a un control efectivo. En este sentido, Borrás Pentinat²⁹², menciona que el control en materia internacional ha seguido un proceso de evolución coherente con la misma evolución del derecho de medio ambiente en el Derecho Internacional. Dicha autora menciona tres etapas muy diferenciadas entre sí, siendo la primera de ellas la etapa anterior a la Conferencia de Estocolmo²⁹³, caracterizada por una serie de tratados en materia de medio ambiente de carácter flexible donde la protección del ambiente quedaba condicionada al provecho económico, político, etc para el Estado en particular, por lo que los mecanismo de control existentes en aquel entonces eran bastante escasos – por no decir casi nulos dada la concepción utilitarista que el Estado tenía respecto al medio ambiente ²⁹⁴ debido a que los Estados no deseaban un control externo que pudiese limitar el ejercicio de su soberanía. Es por ello, que en esta etapa el control de cumplimiento de sus obligaciones internacionales era ejercido por ellos mismos y en caso de incumplimiento por parte de alguno de sus nacionales, se adoptaban medidas de carácter confiscatorio.

²⁹² BORRAS PENTINAT, S. *Los Mecanismos de Control de la Aplicación y del Cumplimiento de los Tratados Internacionales Multilaterales de Protección del Medio Ambiente*. Universidad Rovira i Virgili. 2007. Pág. 110-137. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es>. Consultado el 20 de octubre del 2015.

²⁹³ Cabe recordar que la misma se refiere a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevado a cabo en la ciudad de Estocolmo entre el 5 y 16 de julio del año de 1972, consolidándose posteriormente con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo que se celebró en Rio de Janeiro en 1992. *Ibíd*em, Pág. 119.

²⁹⁴ Es decir, solo protegería todo aquello en la manera que le sea útil.

El segundo periodo se encuentra comprendida entre la Convención de Estocolmo²⁹⁵ hasta la declaración de Río de Janeiro, donde se muestra interés por adoptar medidas y políticas dirigidas a la protección del medio ambiente y establecimiento de controles de carácter global, limitando de esta manera la soberanía del Estado por iniciativa propia. En este sentido, durante esta etapa se observa el continuo auge y fortalecimiento de los controles extranjeros siempre y cuando no se comprometieran intereses nacionales. Según Borrás Pentinat, se concluyen tres aspectos positivos de este periodo: “en primer lugar, la introducción de mecanismos de carácter preventivo; en segundo lugar, el hecho de que los Estados se han mostrado cada vez más dispuestos a utilizar los recursos naturales, tomando en consideración las necesidades de protección y regeneración del medio ambiente y no sólo las necesidades inmediatas de aprovechamiento de los recursos naturales; y, finalmente, que cuando los Estados no pueden establecer estándares comunes de regulación ambiental, se muestran más dispuestos a contraer obligaciones de cooperación, en forma de acceso e intercambio de información, consultas y mecanismos de solución de controversias, e incluso aceptan someterse a mecanismos de control del cumplimiento de sus obligaciones”²⁹⁶.

La tercera etapa es la posterior a la Conferencia de Río de Janeiro, donde se intensifica la necesidad de cooperación entre estados para la protección del medio ambiente a través del sometimiento a instituciones internacionales creadas para controlar el cumplimiento de los tratados internacionales a cuya jurisdicción se vinculan los estados, sin condicionantes como en etapas anteriores. Del mismo modo, en este periodo aparecen conceptos

²⁹⁵ La Conferencia de Estocolmo constituye un hito en la evolución del Derecho internacional del medio ambiente. Por una parte, constituye el marco inicial de consideración de los problemas ambientales desde una perspectiva global; y, por otra, supone la cristalización de normas internacionales ambientales emergentes. La Conferencia de Estocolmo no sólo confirma la existencia de una nueva rama jurídica del ordenamiento internacional, sino que consolida tendencias como la conclusión de tratados internacionales, que se caracterizan, sustancialmente, porque no todas sus disposiciones resultan obligatorias para los Estados, puesto que revisten una configuración flexible o de *soft law*. . BORRAS PENTINAT, S. *Los Mecanismos de Control de la Aplicación y del Cumplimiento de los Tratados Internacionales Multilaterales de Protección del Medio Ambiente*. Op. Cit. Pág. 120.

²⁹⁶ . Ibídem, Pág. 126.

nuevos como desarrollo sostenible cuyo análisis y alcance serán determinados por la Declaración de Río y la Agenda 21. En este sentido, la protección al medio ambiente se convierte en el objetivo de los estados, quienes propondrán y crearán una serie de controles de los tratados que se han venido celebrando a lo largo de las tres etapas.

A tenor de todo lo mencionado precedentemente, se observa, sin embargo, que los esfuerzos que realice el Estado en ejecutar su obligación de controlar la vigencia de la norma convencional, muchas veces no resulta suficiente para alcanzar el objetivo de garantizar los derechos y obligaciones reconocidos en el texto de los instrumentos internacionales ratificados. En efecto, la realidad demuestra que muchas veces, ya sea por falta de capacidad de sus funcionarios, confusión de criterios, o ignorancia de la norma supranacional, incurren en incumplimientos, ante lo cual cabe preguntarse ¿cuál es la consecuencia de la inobservancia de tratado?

3.1.4. Responsabilidad internacional del Estado ante vulneración del derecho convencional

En apartados precedentes se ha mencionado la forma en que se reciben los instrumentos internacionales en el derecho interno y los mecanismos contenidos en el texto de dichos instrumentos destinados a controlar y fiscalizar la vigencia de los mismos. En este sentido, habría que preguntarse ¿qué sucedería si un estado que ha firmado un tratado internacional, transgrede algunas de sus estipulaciones? La doctrina indica que en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por los estados firmantes en virtud de los tratados internacionales genera responsabilidad del estado, la misma que tiene carácter pecuniario.

La responsabilidad internacional es definida como: “la institución según la cual un sujeto de derecho internacional, al cual le es imputable un acto o una omisión contraria a sus obligaciones internacionales, es conducido a dar reparación al sujeto de derecho internacional que ha sido víctima, bien sea en él mismo, en las

personas o en los bienes de sus nacionales o agentes”²⁹⁷. Como puede observarse, se da en un marco de la realización de una conducta ilícita por parte del Estado en agravio de otra parte²⁹⁸ que resulta perjudicada a causa de un daño generado por dicha conducta incurrida. En virtud de ello, surge el deber de reparar o indemnizar a aquel que ha sufrido daño, generando de esta manera una relación jurídica nueva entre el sujeto infractor y el agraviado.

En este sentido, se pueden deducir tres elementos o requisitos que determinan la existencia de responsabilidad internacional. En primer lugar tiene que existir una conducta o una omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el perjudicado a raíz de ello. En segundo lugar, el acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica y; finalmente, debe haberse producido un daño o perjuicio como consecuencia de la conducta²⁹⁹.

En este contexto, el Perú, además de implementar controles para el cumplimiento de tratados internacionales reconocidos, también ha promulgado normas que regulan el incumplimiento, la responsabilidad que se genera como consecuencia de la inobservancia de las obligaciones asumidas y la reparación como una medida sancionatoria para aquel sujeto de derecho internacional que incurrió en responsabilidad. Tal es el caso de la Ley 27775³⁰⁰ que prescribe el derecho de repetición estableciendo que: “fijada la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procesamiento internacional, el Estado representado por el Procurador correspondiente iniciará proceso judicial para obtener a su vez, el resarcimiento de los daños

²⁹⁷ ALVAREZ LONDOÑO, L. Derecho Internacional Público. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2007. Citado por JOFRE SANTALUCIA, J; OCAMPO SEFERIAN, P. Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de Obligaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001. Pág. 114.

²⁹⁸ Con ello se refiere a cualquier individuo, ya sea persona natural o jurídica cuyo derecho haya sido vulnerado a causa de la conducta infractora.

²⁹⁹ Cfr. JOFRE SANTALUCIA, J; OCAMPO SEFERIAN, P. *Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de Obligaciones Internacionales*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2001. Pág. 118.

³⁰⁰ Ley que regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales.

y perjuicios que se le ha ocasionado”. La utilidad de este artículo radica en que el Estado, cuando sea declarado responsable por los daños a causa de la conducta incurrida por su representante³⁰¹ y sea obligado a reparar, puede repetir dicha obligación contra aquel por cuya causa se le imputó responsabilidad; es decir, puede exigirle a su funcionario, trabajador público o autoridad el reintegro de que ha pagado al beneficiario de la sentencia, iniciando el correspondiente proceso judicial para satisfacer su interés. De este modo se observa que si bien, a nivel internacional el Estado es el responsable y sancionado a reparar, en el plano interno, dicha responsabilidad es compartida con la persona natural, órgano del estado, autor del hecho ilícito del que derive la responsabilidad internacional.

Ello se condice no solo con la norma nacional prevista en el Código Civil que prescribe la obligación de reparar de todo aquel que produce daño, sino también con el Decreto Supremo N° 006-2006-JUS que establece disposiciones aplicables en caso que el Ministerio Público efectúe pago de indemnizaciones en cumplimiento de sentencias dictadas en procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales. En dicha norma, el artículo 1° señala que, una vez que el Ministerio de Justicia efectúe el pago de indemnizaciones en cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú, podrá repetir y/o iniciar proceso civil para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, previo informe jurídico de su órgano de asesoría jurídica que individualice a la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procesamiento internacional del Estado, aun cuando ya no ejerza funciones, precisando la existencia de intencionalidad, su relación con la causa del perjuicio que genero la indemnización y, de ser el caso, con los daños y perjuicios ocasionados al Estado. Asimismo, con la finalidad del inicio de acciones para resarcimiento de los daños y perjuicios ir parte de la Procuraduría Pública, los mencionados informes jurídicos podrán determinar la presunta responsabilidad civil y/o penal de terceros, diferentes a los señalados en el párrafo anterior. Al respecto se observa la

³⁰¹ Con ello me refiero a su funcionario público o trabajador del estado.

necesidad de concurrencia del requisito de intencionalidad y relación causal con los hechos que generaron responsabilidad internacional. En adición se observa que la responsabilidad alcanza al funcionario, autoridad, entre otros, aun cuando ya no se encuentre en ejercicio de sus funciones lo que resulta muy favorable para la posibilidad de accionar contra la persona natural para recobrar el monto pagado al agraviado.

En cuanto al tema de la intencionalidad, cabe mencionar que en la realidad, se han dado casos donde el Estado incurre en responsabilidad a causa de un representante suyo que actúo, o no, atendiendo solo a la norma nacional, sin intención alguna de inobservar la norma internacional. En este contexto, es preciso preguntarse ¿qué postura debería asumir el representante del estado cuando se encuentra ante una obligación convencional que se contrapone a la norma interna ya existente? Este es el típico caso de los magistrados quienes, en el marco de un proceso judicial, al momento de emitir sentencia no solo deben observar los dispositivos legales acorde a la materia de que se trate, sino también, la jurisprudencia vinculante. Como ya se sabe, la jurisprudencia es un conjunto de fallos o decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, que al resolver un proceso judicial, establecen principios, criterios o doctrina vinculante para sí mismos y para órganos de inferior jerarquía. Sin embargo, muchas veces cuando el juez emite sentencia, se encuentra con casos donde aplica la jurisprudencia nacional que a veces resulta diferente y hasta contraria a los fallos emitidos por tribunales supranacionales. En este orden de ideas, ¿incurriría en responsabilidad por seguir la línea de decisión de una sentencia vinculante nacional y no la de una sentencia internacional vinculante también para el Perú? Para Ernesto Blume, se debe partir de la premisa de que “el Perú, como Estado Parte en la Convención, ha asumido todas las obligaciones que como tal le corresponden y que consecuentemente está obligado a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dado su carácter vinculante, entendiéndose por ello un cumplimiento integral que no se agota solo en la parte resolutive de las mismas, sino que abarca los valores y principios que aquellas encierran. En este sentido (...) las sentencias de la Corte y sus opiniones consultivas sobre la materia, son vinculantes para el Estado peruano y que desconocerlas podría significar una

infracción constitucional o, peor aún un delito de función”³⁰². En atención a ello, el juez peruano, debería observar los principios y criterios establecidos por tribunales supranacionales a cuya jurisdicción han aceptado someterse, y en caso decida fallar apartándose de un precedente vinculante internacional, deberá fundamentar el porqué de su decisión.

3.1.5. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional

En el marco nacional, la necesidad de regulación y aplicación del principio precautorio se traduce en su íntima relación con el derecho a un medio ambiente sano. Nuestra Carta Magna reconoce en su artículo 2 inciso 22º: “(...) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”; derivándose, de esta manera una serie de obligaciones para el Estado que, en aras de garantizar el desarrollo y dignidad de la persona, deberá adoptar una serie de políticas dirigidas al cumplimiento de dichas obligaciones. Ello debido a que la tutela de los derechos de la persona no podría darse por sí sola por lo que resulta indispensable que el estado y todas sus instituciones tomen las medidas correspondientes para conseguir sus dos fines: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad³⁰³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que un “Estado social y democrático de Derecho no solo debe garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1º de la Constitución), sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente y a su salud en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13º de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano,

³⁰² BLUME FORTINI, E. “El Derecho Internacional de los DDHH en la Jurisprudencia del TC Peruano”. MOSQUERA MONELLOS, S. (coord.). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015. Pág.104.

³⁰³ Art. 1 de la Constitución Política del Perú.

[es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo”³⁰⁴.

En este sentido, el derecho a un ambiente equilibrado y sano genera en el estado un deber del que, en palabras del mismo Tribunal Constitucional, se derivan dos vertientes. Por un lado la vertiente positiva estaría representada por la imposición de obligaciones destinadas a conservar un ambiente equilibrado que, a su vez, implicaría la adopción de medidas destinadas no solo a la conservación sino también a la prevención respecto de cualquier perjuicio a ese ambiente equilibrado. Desde una vertiente negativa, el estado tendría que abstenerse de realizar cualquier acto que afecte al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana y preservación de la salud³⁰⁵.

Como se puede evidenciar, la conexión existente entre el artículo 1º y artículo 2º inciso 22 de la Constitución vigente en torno a la protección y conservación de un ambiente digno y favorable a la salud de la persona, exhorta al Estado a la adopción de una política ambiental cuyas medidas y acciones tengan como finalidad la efectiva vigencia de dichos derechos, por lo que el Perú, siguiendo la exigencia de su texto constitucional, ha tenido en cuenta modelos de sistemas jurídicos extranjeros e instrumentos internacionales en materia ambiental y de derechos humanos, para la creación y regulación de normas ambientales internas.

Es preciso mencionar que si bien la Constitución de 1979 también reguló dicho derecho³⁰⁶, no puede negarse el hecho que la inclusión que hace la Constitución de 1993 del mismo en la lista de los derechos de la persona regulada en su artículo 2º, confirma el

³⁰⁴ Considerando 4º de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4223-2006-PA/TC. Consultado el 25 de junio del 2015. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/>.

³⁰⁵ Considerando 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4223-2006-PA/TC. Consultado el 25 de junio del 2015. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/>.

³⁰⁶ Concretamente el artículo 123º de la Constitución de 1979 establecía que “todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

carácter constitucional y la necesidad efectiva de su tutela por lo que el papel del Estado en la protección del mismo se torna en protagonista a partir de la exigencia misma normada por el artículo 1° de nuestra Carta Magna³⁰⁷.

Del mismo modo, el artículo 59° de la Constitución actual, si bien garantiza la libertad de empresa, también establece que la misma debe ejercerse atendiendo a las limitaciones impuestas por la protección a la salud de la población y, por tanto del medio ambiente³⁰⁸. En este sentido, toda actividad empresarial podrá llevarse a cabo siempre que su ejecución no dañe ni la vida ni la salud humana ni el ambiente donde las personas viven y se desenvuelven. El desarrollo económico y el avance de la tecnología y ciencia promueven la práctica de nuevas actividades que directa o indirectamente afectan los diversos aspectos de la persona. Es así que la búsqueda de mecanismos de acción que permitan una protección eficaz de dichos derechos se torna preocupante debido al alto grado de influencia de los nuevos descubrimientos. De esta manera, el principio precautorio como el de prevención se erige como pilares de un sistema de protección ambiental.

Ya se había mencionado en capítulos precedentes la utilidad de este principio para la protección de un medio ambiente adecuado para la vida y salud de las personas, por lo que el legislador peruano, atendiendo al evidente avance de las ciencias y tecnologías, así como de los inminentes riesgos que conllevan los nuevos descubrimientos en el mundo globalizado, ha incluido el principio precautorio de manera expresa en nuestra regulación nacional.

En este sentido, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente³⁰⁹ recoge de manera explícita este principio mencionando que, “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes

³⁰⁷ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, C. *Manual de derecho ambiental. Op. Cit.* Pág. 507

³⁰⁸ *Ibíd*em

³⁰⁹ Ley 28611, publicada el 15 de octubre del 2005. Disponible en <http://www.minam.gob.pe/>. Consultado el 20 de junio del 2015

para impedir la degradación del ambiente”. Claramente, la exhortación al Estado viene representada por la obligación de adoptar medidas de protección del ambiente cuando se presenten situaciones de incertidumbre respecto a nuevas actividades donde no se ha logrado comprobar fehacientemente su inocuidad.

El artículo 116° del mismo cuerpo normativo menciona que: “el Estado, a través de medidas normativas, de difusión, capacitación, control, incentivo y sanción, protege la salud de las personas ante la exposición a radiaciones tomando en consideración el nivel de peligrosidad de las mismas. El uso y la generación de radiaciones ionizantes y no ionizantes está sujeto al estricto control de la autoridad competente, pudiendo aplicar, de acuerdo al caso, el principio precautorio, de conformidad con lo dispuesto en el Título Preliminar de la presente Ley”; constituyéndose esta norma en otro pilar fundamental que el legislador peruano ha promulgado para garantizar los derechos a la salud y vida.

Por su parte, la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental en su artículo 5° literal k, modificado por el artículo 1° de la Ley 29050, prevé la aplicación del principio precautorio, “de modo que cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación”³¹⁰. Con ello, se reitera una vez más, la obligación del estado, dada su facultad de autorizar el inicio de determinada actividad económica o venta de determinado producto en el mercado, de garantizar dichas actividades y productos sean inocuas para la salud, la vida y el medio ambiente. Del mismo modo puede

³¹⁰ Ver Ley. Disponible en <http://www.minam.gob.pe>. Consultado el 1 de noviembre del 2015.

deducirse la exigencia de realizar un análisis científico previo a la aplicación del principio precautorio, es decir, que su aplicación solo se produciría si el estado ha realizado o exigido la realización de estudios o investigaciones profundas y detalladas sobre la materia por científicos y/o peritos especializados y cualificados para llevar a cabo dichas investigaciones y que, a pesar de sus esfuerzos, no han podido encontrar certeza en que el bien o actividad sujeto a investigación, sea totalmente inofensivo para la persona y el medio ambiente en que se desenvuelve.

A nivel sectorial, este principio se encuentra relacionado a la biotecnología y bioseguridad, siendo lo más resaltante, la regulación de los OVM³¹¹. Al respecto, como consecuencia de la preocupación que se generó en el pueblo peruano por los efectos del consumo y/o utilización de los OVM, es que en el año 2011, el gobierno peruano promulgo la Ley 29811, Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de OVM al territorio nacional por un periodo de 10 años con fines de cultivo o crianza, incluido los acuáticos, a ser liberados en el ambiente³¹². La finalidad de esta Ley es fortalecer las capacidades nacionales, desarrollar la infraestructura y generar las líneas de base respecto de la biodiversidad nativa, que permita una adecuada evaluación de las actividades de liberación al ambiente de OVM³¹³. Del mismo modo, busca promover el fortalecimiento de las capacidades científicas y tecnológicas de las instituciones nacionales encargadas de difundir las técnicas que aplica la biotecnología moderna y la bioseguridad, con la finalidad de contribuir a la toma de decisión de los proveedores y consumidores, en relación a los organismos vivos modificados y fomenta la biotecnología con base a los recursos

³¹¹ Se trata de aquel cuyo material genético ha sido alterado en un laboratorio de un modo distinto al que habitualmente lo transforma la naturaleza. Es un organismo al cual se le ha incorporado un gen de otro organismo (un transgen) a su material hereditario de modo que pasa a formar parte de este. Disponible en <http://www.iiap.org.pe/>. Consultado el 20 de noviembre del 2015.

³¹² Artículo 1 de la Ley 29811. Disponible en <http://minagri.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

³¹³ Artículo 2 de la Ley 29811. Disponible en <http://minagri.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

genéticos nativos, para lograr su conservación y desarrollo competitivo en lo económico, social y científico³¹⁴.

Como puede observarse, esta ley busca garantizar la protección de la salud humana y evitar el menoscabo del ambiente por daños que surgen a partir de la falta de estudios que demuestren fehacientemente la inocuidad de los OVM. Asimismo, la Ley prevé una serie de exclusiones de su aplicación: así se tiene a) Los OVM destinados a la investigación dentro de espacios confinados; b) Los OVM usados como productos farmacéuticos y veterinarios (vacunas, fármacos, etc.) que se rigen por los tratados internacionales de los cuáles el país es parte y normas especiales; c) los OVM y/o sus productos derivados destinados a la alimentación humana y animal o para su procesamiento. Para tales casos, si bien la ley no vincula su cumplimiento, si establece la normativa en base a la cual, dichas exclusiones se encontraran reguladas. Tal es el caso del Codex Alimentarius relacionado a los alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos, la Ley 27104, Ley de Prevención de Riesgos derivados del Uso de la Biotecnología, su Reglamento y demás reglamentos sectoriales. Por último, también establece como norma reguladora de los OVM excluidos al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica³¹⁵, en cuyo preámbulo se recoge expresamente el principio precautorio en virtud del cual se exige a los estados a implementar medidas especiales para conservar la diversidad biológica dentro o fuera de las áreas protegidas, además de que sea aprovechada en un modo y ritmo que no ocasione su disminución a largo plazo y que no amenace las aspiraciones de las generaciones futuras³¹⁶.

³¹⁴ Artículo 8 de la Ley 29811. Disponible en <http://minagri.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

³¹⁵ Artículo 3 de la Ley 29811. Disponible en <http://minagri.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

³¹⁶ ASOCIACION PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Perú: Informe Nacional sobre Bioseguridad*. Pág. 9. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

El Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología³¹⁷, cuyo pilar se sostiene sobre el principio precautorio reconocido en la Convención de Rio, menciona que: “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”. Enfatiza que los transgénicos son inherentemente diferentes a la vida natural, por lo cual se requiere regulaciones separadas de los productos orgánicos. De este modo es que dicho protocolo establece la obligación para quienes deseen comercializar, transportar o manipular productos transgénicos, de notificar previamente y por escrito a las autoridades nacionales, especificando la información de cada organismo modificado y sus posibles efectos adversos para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y los riesgos de la salud humana³¹⁸.

Respecto a la mencionada Ley 27104, Ley de Prevención de Riesgos derivados del uso de la Biotecnología Moderna, recoge el principio precautorio en el Título III, artículos 10° al 12° los mismos que regulan su aplicabilidad para la protección de la salud, vida y medio ambiente con referencia a la liberación de los Organismos Vivos Modificados. De otro lado, se encuentra el Decreto Supremo N° 102-2001-PCM, que aprueba la Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica, que consagra al principio de precaución como principio rector de la política ambiental nacional. También está el caso del Decreto Supremo N° 014-2001-AG, que aprueba el Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre, en cuyo artículo 1° menciona al principio precautorio como principio orientador de la actividad forestal y de fauna silvestre, regulando, en el artículo 3.67³¹⁹ una definición del mismo. Asimismo, el

³¹⁷ Adoptado por el Perú el 29 de enero del 2000 en Montreal. Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 28170 del 15 de febrero del 2002 y entrando en vigor el 13 de julio del mismo año. Disponible en <http://www.confiep.org.pe>. Consultado el 20 de noviembre del 2015.

³¹⁸ ASOCIACION PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Perú: Informe Nacional sobre Bioseguridad. Op. Cit.* Pág. 10. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe>. Consultada el 20 de noviembre del 2015.

³¹⁹ Dicho artículo define al principio en el siguiente tenor: “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

Decreto Supremo N° 038-2001-AG, que aprueba el Reglamento de Áreas Naturales Protegidas, menciona al principio precautorio cuando se refiere a la extensión de la zona de amortiguamiento, concordante con Resolución Jefatural N° 125-2003-INRENA, que utiliza al principio precautorio como fundamento para el establecimiento temporal de Zonas de Amortiguamiento de las Áreas Naturales Protegidas integrantes del SINAPE.

Como puede observarse, la producción normativa en el Perú respecto al principio en estudio, no solo se hace presente en el ámbito internacional, sino también en el nacional y más un en el sectorial, sobre todo en el sector salud y medio ambiente, donde la preocupación por evitar eventuales daños y perjuicios a la persona o el ambiente así como la garantía de la vigencia de los derechos inherentes a la persona, se reviste de un papel protagónico.

3.2. Críticas entorno a la aplicación del principio precautorio.

3.2.1. Principio precautorio. ¿Se trata de una recomendación o de una obligación?

En un apartado precedente se mencionó la falta de consenso en cuanto a la vinculatoriedad del principio precautorio. De este modo, no resulta ilógico pensar que existan países que nieguen el carácter obligatorio de dicho principio llegando a considerarlo solo como un enfoque. Más aun cuando muchos países lo consideran como mera recomendación o *soft law* debido a que la naturaleza de los pactos, convenios, o declaraciones a los que se adhieren carecen de carácter vinculante. Es por ello que muchos lo toman como una simple recomendación carente de toda obligación. No obstante, ya se ha venido mencionado a lo largo de la presente investigación que la naturaleza de los derechos que protege el principio revisten de carácter obligatorio su aplicación por lo que, independientemente del instrumento internacional en que se encuentre recogido, no puede negarse la necesidad de su uso ante posibles daños irreversibles que puedan afectar al ser humano. En

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”.

respaldo de ello, hay que mencionar el gran aporte que la historia nos ofrece con graves casos de daño, ya comentados en el capítulo primero, cuando la utilización del asbesto era supuestamente inofensivo para el obrero de fábrica, o cuando no se pensó que el uso continuo de los CFCs³²⁰, CO₂³²¹ y demás contaminantes serían los principales generadores y aceleradores del efecto invernadero que poco a poco perjudicarían la capa de ozono, entre otros.

Sin embargo, lejos de atender a hechos históricos y adoptar acciones precautorias para evitar que vuelvan a ocurrir episodios parecidos en nuestro tiempo, la influencia política y empresarial se convierte en el principal freno hacia una correcta interpretación del principio, manteniendo que el mismo se trata de una sugerencia internacional que afecta el desarrollo económico y el avance tecnológico del país, cuando impone la obligación de demostrar la completa y total inocuidad de la nueva actividad, producto o tecnología a su precursor³²². Dicha perspectiva es completamente absurda, debido a que implica un uso abusivo del principio. Lógicamente, lo que se pretende es la comprensión y uso adecuado del principio, de tal modo que las medidas que se adopten sean completamente proporcionales y razonables, evitando y hasta eliminando situaciones de contravención de otros derechos.

En este sentido, se debe considerar que los conceptos y definiciones recogidas en instrumentos internacionales deben ser tomados en cuenta, no como meras recomendaciones carentes de todo carácter obligatorio, sino más bien como un conjunto de directrices que conlleven a una definición e interpretación correcta del principio, estableciendo de esta manera, su observancia obligatoria, garantizando así la eficacia y vigencia de los derechos fundamentales que protege.

A nivel nacional, debe tenerse en cuenta que el Perú ha adoptado este principio con el mismo carácter que una ley, por lo que habría que aplicarlo como tal. No obstante, el poco estudio y/o

³²⁰ Compuestos fluorocarbonados.

³²¹ Dióxido de carbono.

³²² Tal sería el caso de los cigarrillos, que, como se ha demostrado afectan la salud humana, y que por tanto, la industria tabacalera debería ser prohibida al igual que la del petróleo, maderera, automotriz, que contaminan el medio ambiente, entre otros.

conocimiento que se tiene del mismo, hace que el operador jurídico o funcionario no pueda interpretarlo y aplicarlo de manera apropiada con miras a la consecución del objetivo de garantizar la vigencia de los derechos que protege. A ello se une, las críticas y creencias infundadas en torno al principio y el supuesto retroceso y freno al desarrollo económico del país³²³.

3.2.2. Ausencia de definición unitaria del principio

Actualmente no existe una definición universal del principio que permita entender completamente la esencia del mismo y definir su naturaleza. Es por ello que, para poder definirlo o entenderlo, se acude a colorarios como la inversión de la carga de la prueba, el requerimiento de demostrar previamente la inocuidad de la actividad o producto antes de ofrecerlo y la idea del riesgo cero³²⁴. En este sentido, la falta de definición unitaria hace que se vuelva un principio de difícil comprensión y, por tanto, de dificultosa aplicación. No obstante, lo cierto es que de la lectura de las definiciones propuestas por la norma nacional e internacional se puede deducir que su objetivo es la salvaguarda de la salud, vida y/o medio ambiente respecto al riesgo derivado de actividades o productos en un marco de incertidumbre científica sobre la posibilidad de la concreción de aquel riesgo.

Como se ha mencionado a lo largo del presente estudio, las distintas concepciones que ofrece la doctrina tienen su raíz en la naturaleza del carácter obligatorio del principio. En este sentido, algunos lo toman como un principio plenamente vinculante y otros, que buscan una aplicación más flexible del mismo, utilizan la expresión de enfoque precautorio. Para Martín-Bidou existe una concepción restrictiva y una extensiva. La primera consiste en una obligación de comportamiento según la cual los Estados deben establecer todos los medios necesarios para llevar cabo el principio de precaución en la práctica (...). De esta manera, se intenta establecer un justo equilibrio entre la protección del medio ambiente y los intereses económicos y sociales de las actividades

³²³ De dichas críticas se hablará en los apartados subsiguientes.

³²⁴ Cfr. MENDEZ CHANG. E. *El Principio Precautorio y su aplicación a los Ensayos Nucleares Subterráneos Franceses en el Pacífico Sur*. Op. Cit. Pág. 57.

generadoras del riesgo, por lo que las medidas de precaución serían únicamente juzgadas admisibles si éstas fuesen verdaderamente necesarias, produciendo un efecto, a nuestro entender, positivo (...) ³²⁵. Por su parte, la concepción amplia o extensa entiende al principio como una obligación de resultado. El elemento fundamental lo conforma la inversión de la carga de la prueba: a las partes que deseen introducir nuevas y arriesgadas sustancias o actividades en el medio ambiente, se les debe exigir proporcionar unas pruebas conclusivas sobre su seguridad, y ante la ausencia de suficientes datos científicos, la autoridad debería rechazar autorizar cualquier sustancia o la práctica concreta ³²⁶.

No obstante, es necesario resaltar que el común denominador de las definiciones que se dan en torno al mismo es la protección de la vida, salud humano y medio ambiente dentro de un contexto de incertidumbre respecto a la inocuidad de la actividad, producto, o nueva tecnología que se pretenda introducir, atendiendo a datos científicos que se tienen en el momento, por lo que, teniendo claro el objetivo, se debe siempre tomar la interpretación que mejor garantice la consecución del objetivo del principio.

3.2.3. El riesgo cero: ¿un objetivo inalcanzable?

La Real Academia Española define riesgo como: “contingencia o proximidad de un daño”³²⁷. Por su parte Lanegra Quispe, entiende que por riesgo, “no existe un solo resultado posible derivado de una determinada acción, pero si se sabe cuáles son los posibles resultados, y también se conoce las probabilidades de que cada uno de ellos se produzca”; es decir, “no se sabe cuál será el nivel de daño que genere en una persona concreta la

³²⁵ MARTÍN-BIDOU,P. “Le principe de precaution en droit international de l'environnement”. *Revue Generale de Droit International Public*. 1993-3. Pág. 651-658. Citado por MARTINEZ BARRABES,M. *Bioseguridad en el protocolo de Cartagena : su interacción con el sistema multimaterial del comercio*. Normas Legales. Lima. 2006. Pág. 66.

³²⁶ MARTINEZ BARRABES,M. *Bioseguridad en el protocolo de Cartagena : su interacción con el sistema multimaterial del comercio*. Normas Legales. Lima. 2006. Pág. 67

³²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Edición 2016. Madrid. Disponible en <http://www.rae.es/>. Consultado el 05 de enero del 2016.

exposición a una sustancia contaminante, pero si se sabe cuál es la probabilidad de que sufra un determinado nivel de daño”³²⁸.

A lo largo del presente trabajo se ha venido afirmando que la existencia de un potencial riesgo para la salud, vida o medio ambiente, debe encontrarse presente al momento de invocar el principio en estudio. No obstante, lo que dificulta su aplicación es la demostración de la inofensividad del producto, actividad o nueva tecnología que pretende introducirse. Ello conlleva a formular inquietudes respecto a la posibilidad de cumplir con la obligación de demostrar que no existe riesgo alguno de daño para a persona y el medio ambiente. Es decir, ¿se trata realmente de una actividad, producto o nueva tecnología inocua? Y si es así, ¿se ha conseguido al fin eliminar completamente el riesgo? Para su resolución, es indispensable tener en cuenta que detrás de nuevas tecnológicas e inventos, productos o actividades, se encuentra un conjunto de decisiones humanas en donde tienen su origen, por lo que toda acción humana y por tanto, lo que se derive de las mismas, conlleva un riesgo. En este sentido, se trata “de situaciones auto-producidas, creadas por los seres humanos, que dependen en última instancia de una decisión y por consiguiente, es posible dotarlas de configuración y/o estructura, y que se caracterizan por una escasa probabilidad aunque también por los elevados daños una vez que éstos se producen”³²⁹. Es por ello que, “se la define también ya más comúnmente como un daño futuro cuya producción es incierta, y que constituye una consecuencia de la acción humana”³³⁰.

Conforme lo expuesto, el riesgo es inherente a toda acción humana por lo que, la existencia de productos, inventos o

³²⁸ LANEGRA QUISPE, I. *La Regulación de la Incertidumbre: Un Análisis Crítico del Principio Precautorio*. Revista PUCP. Lima. Pág. 2. Disponible en www.revistas.pucp.edu.pe. Consultado el 6 de enero del 2016.

³²⁹ JARIA I MANZANO, J. y otros (editores), *Derecho, globalización, riesgo y ambiente*. Op. Cit. Pág. 309.

³³⁰ MOYA MARCHI, F. *El principio de precaución. Un estudio sobre el modelo europeo de control de riesgo*. Thomson Reuters Legal Publishing. Santiago de Chile. 2014. Pág. 24, citado por ROJAS CALDERON, C. *Los riesgos, funciones del derecho ambiental ante éstos, y su control por medio de las entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N^o 43. Diciembre 2014. Valparaíso. Disponible en <http://www.scielo.cl>. Consultado el 05 de enero del 2016.

actividades que no generan riesgos resulta una completa falacia, respondiendo, de esta manera a las interrogantes planteadas. No obstante, se genera otra dificultad: si no existe el riesgo cero, ello quiere decir que la sociedad está obligada a tolerar dichos riesgos, pero ¿hasta qué punto? Evidentemente, dada la naturaleza de las acciones humanas, siempre habrá riesgo y, atendiendo a que no se puede prescindir de las mismas, necesariamente se aceptará³³¹. En cuanto a la gradualidad del riesgo a tolerar, la doctrina aun no es unánime al respecto, lo que dificulta bastante su aplicación debido a la desconfianza y temor que genera en el operador jurídico su ambigüedad, por lo que algunos optan por asumir el principio de manera estricta y por tanto, obligar, al precursor, a demostrar la inocuidad completa del producto que quiere introducir, caso contrario, el mismo no se encontraría autorizado para su comercialización; lo que resulta una medida “precautoria” arbitraria, toda vez que se trata de una interpretación literal y no en bloque.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que hay que tener en cuenta que por la naturaleza de los derechos que busca defender el principio, no pueden aceptarse riesgos que representen un perjuicio tal que no sea reversible. De esta manera, aparecería una especie de gradualidad para los mismos, puesto que, como se ha mencionado anteriormente, el riesgo es inherente a la actividad humana por lo que habría un riesgo que la sociedad puede tolerar, entendiendo por riesgo no tolerable a aquel que vaya a causar un daño irreversible a la vida, salud, o medio ambiente, lo que deberá determinarse a través de un estudio de riesgo para posteriormente adoptar medidas y acciones que conlleven a un aplicación adecuada del principio.

³³¹ Piénsese en lo necesario que es la industria automotriz para desplazarse en menos tiempo de un lugar a otro, lo que nos ha permitido reducir el tiempo ante eventuales situaciones (atender a heridos oportunamente) asumiendo de esta manera riesgos como choques, atropellamientos, explosiones a causa de imperfectos, accidentes, etc.; o en el avance de la medicina y la farmacia en cuanto la lucha contra enfermedades como el cáncer, tuberculosis, entre otras y el descubrimiento de nuevas curas y nuevos virus, asumiendo así riesgos propios de dichos avances.

3.2.4. Falta de certeza científica y limitación económica

Como se había mencionado en el primer capítulo, uno de los elementos que deben concurrir para la aplicación del principio de precaución es la incertidumbre o falta de certeza científica. Ahora bien, los estudios tecnológicos y el avance de las ciencias, depende mucho de otro tipo de factores como el político y el poder económico que se tenga por lo que muchas veces se harán estudios limitados. Es así donde surge otra de las críticas al principio, puesto que llega a confundirse incertidumbre científica, entendida como el insuficiente aporte de la ciencia para conocer con precisión y de forma indubitable la existencia o no del potencial peligro o riesgo de una actividad dada³³², con la limitación cognoscitiva por insuficiencia de recursos económicos u otros. Es decir, no habría incertidumbre científica sino falta de datos para adoptar medidas que el conocimiento científico demanda³³³ por lo que aquí concretamente no cabría invocar el principio.

No obstante, los detractores del principio se basan en esta confusión para poder armar argumentos dirigidos a demostrar la poca efectividad, aplicabilidad y utilidad del principio, olvidando por completo que existe otro elemento fundamental para invocar el principio: el deber que tienen los precursores de las nuevas tecnologías y actividades de probar la inocuidad de lo que impulsan.

3.2.5. El deber de carga de la prueba

El principio precautorio establece que si hubiera argumentos científicos razonables para creer que un proceso o producto nuevo pueda no ser seguro, este no debe ser introducido hasta que se cuente con evidencia convincente de que los riesgos son pequeños y compensados por sus beneficios³³⁴. Asimismo, resulta aplicable a

³³² DRNAS DE CLÉMENT. Z. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Lerner Editora S.R.L. Córdoba. 2008. Pág. 60.

³³³ LANEGRA QUISPE, I. *La Regulación de la Incertidumbre: Un Análisis Crítico del Principio Precautorio*. Op. cit. Pág. 4. Disponible en www.revistas.pucp.edu.pe. Consultado el 6 de enero del 2016.

³³⁴ SAUNDERS P. *Uso y abuso del principio precautorio*. Biosafety Briefing. Third World Network Decembrer 2002. Pág. 2 Artículo traducido al castellano por La

aquellos productos, actividades y/o tecnologías que ya se encuentran en uso respecto a las cuales se descubren que no son tan inofensivas como se evidenció en un primer momento. Para ilustrar el tema no está demás mencionar el uso de los cigarrillos, los gases del efecto invernadero y los organismos vivos modificados³³⁵. Conforme podría observarse, el principio precautorio atentaría contra el avance científico, tecnológico y evidentemente contra el avance económico dado que supondría una serie de obstáculos representado por barreras y estándares de inocuidad difíciles y hasta imposibles de alcanzar. Es por ello, que la mayoría de los detractores del principio en estudio suponen que su solo uso implica un freno total a la industria ya que, para iniciar sus actividades, requiere presentar pruebas absolutas de que lo que propone es totalmente seguro³³⁶.

No obstante, este principio no busca ser un freno al desarrollo económico y tecnológico del país, sino proteger la salud, vida y medio ambiente donde el ser humano se desarrolla, el mismo que no puede estar expuesto a riesgos que lo puedan afectar de manera irreversible, y para ello es que requiere que el titular de la actividad o producto (que funcionara o circulara dentro del medio humano), presente pruebas de su inocuidad. Ahora bien, como se ha mencionado, el principio precautorio opera en el ámbito de la incertidumbre, por lo que sería poco lógico que se pretenda una certeza absoluta respecto a la inofensividad de las nuevas tecnológicas y actividades. Al contrario de lo que los críticos del principio piensan, este requiere demostrar, no de manera absoluta, pero sí de más allá de las dudas razonables acerca de que lo que se está proponiendo es seguro³³⁷.

Asociación Desarrollo Medio Ambiental Sustentable. Disponible en <http://www.biosafety-info.net/>. Consultado el 6 de enero del 2016.

³³⁵ *Ibidem*. Pág. 2.

³³⁶ Como se mencionó en el primer capítulo, uno de los elementos para invocar el principio precautorio es la inversión de la carga de la prueba, la misma que recae en el titular de la actividad, tecnología o producto, la obligación de demostrar la inocuidad del mismo.

³³⁷ SAUNDERS P. *Uso y abuso del principio precautorio*. Op. Cit. Pág. 2. Artículo traducido al castellano por La Asociación Desarrollo Medio Ambiental Sustentable. Disponible en <http://www.biosafety-info.net/>. Consultado el 6 de enero del 2016.

No obstante, a pesar de tener regulado este principio, los estudiosos y operadores jurídicos poco optan por usarlo, debido a ello, la jurisprudencia y doctrina en esta materia es muy escasa. Asimismo, la realidad ha demostrado que en el Perú, aplicamos un principio antiprecautorio, debido a que las actividades, productos o nuevas tecnológicas, se permiten hasta que se demuestre que son perjudiciales para la salud, vida y medio ambiente. Es decir, se observa una aplicación al revés del principio, donde la carga de la prueba no obliga al innovador, beneficiario o titular de la actividad, producto o nueva tecnología sino más bien a aquel que sufre o sufrirá el daño. Lamentablemente, existen organizaciones que promueven este tipo de práctica antiprecautoria como es el caso de la Organización Mundial del Comercio, ente que tiene como objetivo lograr el libre comercio, basándose en que cuando un país desea prohibir la importación de un producto por motivo de seguridad, debe de demostrar la nocividad del mismo³³⁸. Como se observa, la carga de la prueba ya no recaería en el beneficiario de la actividad sino en quien se sienta expuesto a un daño, lo que claramente es contradictorio a la naturaleza del principio.

3.3. Aplicación del principio precautorio ante el Tribunal Constitucional

Conforme lo expuesto hasta el momento, no es absurdo pensar en la existencia de situaciones donde exista controversia respecto a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, los mismos que son llevados a sede judicial en busca de justicia. En este orden de ideas, el principio precautorio ha sido invocado como un argumento más para tratar de llegar a una decisión justa en aquellos casos donde se denuncia la vulneración de derechos conexos al medio ambiente, produciéndose de este modo variedad de fallos que resulta conveniente mencionar para poder comprender el alcance de la eficacia de las normas que contemplan dicho principio.

³³⁸ Cfr. *Ibídem* Pág. 6.

Un primer caso ha sido el recaído en el Expediente N° 964-2002-PA/TC³³⁹, donde el recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERU SA, por violación de sus derechos a la paz; a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida debido a que los equipos de la demandada causarían interferencia en otros aparatos eléctricos, incluidos audífonos y marcapasos; así como al campo electromagnético generado por la instalación de la antena que dañaría directamente las neuronas cerebrales causando un deterioro paulatino. En este caso, NEXTEL había instalado una antena de telefonía y otros equipos cerca a unas viviendas ubicadas en la Av. Prolongación Javier Prado Este N° 7069 del distrito de Ate Vitarte en la ciudad de Lima, sin contar con las autorizaciones emitidas por la autoridad competente para tal fin y sin atender a los criterios de instalación dispuestas por la normativa internacional y nacional al respecto. El Primer Juzgado Corporativo Transitorio especializado en Derecho Público de Lima, declaró fundada la demanda, por considerar que la instalación de la antena implica una amenaza al derecho constitucional a la salud debido a la exposición al riesgo electromagnético ocasionada por la antena atendiendo a la existencia de incertidumbre científica sobre el daño que podría producir en las personas. En segunda instancia, dicha decisión fue desestimada por considerar que el recurrente no había agotado la vía administrativa. Por su parte, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, invocando la vigencia del derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona, lo que, en palabras del supremo interprete de la Constitución, significa que la protección comprende el sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida, lo que obliga al Estado a tomar acciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado y prevenir que el mismo se vea afectado. No obstante, lo resaltante, desde el punto de vista de la presente investigación, viene a exponerse en el fundamento 11 de la sentencia, donde hace referencia a la afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a causa de ondas electromagnéticas. Al respecto, el Tribunal señala que: “desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados

³³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 964-2002-PA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe>. Consultado el 12 de setiembre del 2016.

satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado “principio de precaución”, que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número. Lo anterior, desde luego, no excluye que se puedan considerar otras medidas y, entre ellas, a título meramente enunciativo, que con fines de prevención, las empresas que operan con tales servicios, tengan como obligación prestar, directa o indirectamente, servicios médicos, estrictamente relacionados con los riesgos propios de los servicios que prestan”. Como puede observarse, el tribunal acoge en su fundamentación, el presupuesto para la aplicación del principio precautorio cuando se refiere a la falta de certeza científica acerca de la efectiva generación de afectaciones a los derechos a la salud y al medio ambiente equilibrado y adecuado, estableciendo además como respuesta precautoria que la falta de certeza antes mencionada no implica que no se asuman medidas a fin evitar cualquier afectación³⁴⁰. De este modo, el juez invoca el principio de precaución para salvaguardar el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud ante la incertidumbre científica respecto a los efectos nocivos de la contaminación electromagnética en la salud de las personas, de modo que impone, como medidas precautorias, no solo que el agente, en este caso las antenas, sean colocadas en lugares más apartados de zonas urbanas sino que además recomienda la adopción de más medidas para la vigilancia de la salud de las personas que pudieran verse afectadas³⁴¹, dejándose de esta manera un precedente novedoso en cuanto a los lineamientos para la aplicación del principio de precaución para casos similares futuros.

³⁴⁰ Cfr. JIMENEZ VIVAS, J. “Alcances y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia ambiental. Un análisis caso por caso”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Lima. 2014. Pág. 138. Disponible en <https://javierjimenezperu.files.wordpress.com>. Consultado el 12 de setiembre del 2016.

³⁴¹ Ver fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 964-2002-PA/TC.

No obstante, en la sentencia recaída en el Expediente N° 4223-2006-PA/TC³⁴², se resolvió lo contrario, generándose jurisprudencia contradictoria y perjudicando de esta manera, el análisis de futuros casos similares. En dicho proceso, la recurrente también solicitó el desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por NEXTEL DEL PERU SA, en la zona de una urbanización por presentar grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de la urbanización afectada. En la sentencia de primera instancia el juez del Primer Juzgado Civil de Chimbote declara infundada la demanda porque la demandante no acredita que la antena de telecomunicaciones emita ondas electromagnéticas que pudieran afectar la salud de los pobladores. En segunda instancia, la demanda es declarada improcedente por considerar que el problema tendría que ver con la celebración de un contrato de arrendamiento nulo. Al igual que en el caso Expediente N° 964-2002-PA/TC, se invocó el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana analizando el contenido esencial de dicho derecho³⁴³. Del mismo modo, se mencionó al principio precautorio como parte del vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho invocado, concordando de este modo con lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente N° 48-2002-PA/TC; señalando en los fundamentos 26 al 28, los instrumentos internacionales que recogen el principio precautorio, siendo que en el fundamento 34 dispone que: “En los fundamentos precedentes, se ha señalado que el *principio precautorio* se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables”. A continuación el fundamento 35 indica que “(...) no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el

³⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 4223-2006-PA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe>. Consultado el 12 de setiembre del 2016.

³⁴³ Ver fundamentos 20, 21 y 22 de la sentencia recaída en el Expediente N° 4223-2006-PA/TC.

mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada”. No obstante, en el fundamento 36 sugiere como medida de precaución la realización de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud. Por su parte, en un voto singular, el magistrado Gonzales Ojeda menciona, en el fundamento 4 que el principio de precaución se ha aplicado con contenido y alcance distinto respecto al Expediente N° 964-2002-PA/TC, donde se dieron los mismos hechos, declarándose fundada la demanda. Como se observa, el Tribunal Constitucional, lejos de seguir la línea de decisión usada en un caso similar precedente, opto por desestimar la demanda, evitando, de esta manera que se proceda al desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones.

También se tiene el caso N° 3510-2003-AA/TC³⁴⁴ donde el recurrente solicita a la demandada PRAXAIR PERU SA, se abstenga de continuar con sus actividades contaminantes hasta adoptar medidas que eviten seguir vulnerando los derechos a la integridad física y psíquica, a la salud y al goce de un medio ambiente equilibrado de los vecinos de las urbanizaciones Santa Cecilia, San Jose y San Joaquin, del Distrito de Bellavista, Callao. En el caso, el tribunal hace una valoración de los medios de prueba contenidos en el expediente, destacándose entre los mismos la relación de las personas afectadas por enfermedades bronquiales y otras atribuidas a las emanaciones provenientes de las actividades industriales de la demandada; certificados médicos que acreditan el padecimiento de dichas enfermedades; el Informe de la Dirección General de Salud Ambiental, que hace mención a las emanaciones blanquesinas de composición desconocida, provenientes de las actividades industriales de PRAXAIR; el Informe Técnico del Colegio de Biólogos del Perú donde informa la presencia de fumarolas de gases no inodoros y grises causantes de irritación inmediata en mucosas y ojos así como la existencia de cenizas y hollín en casas próximas a la

³⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 3510-2003-AA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe>. Consultado el 12 de setiembre del 2016.

fábrica, entre otras observaciones; y el Informe Técnico del Colegio Químico del Perú respecto a la contaminación atmosférica en las urbanizaciones Santa Cecilia y San Joaquin, y otros informes de monitoreos. Dichos medios fueron desestimados por el tribunal alegando falta de minuciosidad y rigor científico en su elaboración, procediendo a declarar infundada la demanda. No obstante, el tribunal se pronuncia sobre la contaminación sonora denunciada, mencionando en el fundamento 16 lo siguiente: “En cuanto a la contaminación sonora, el actor señala que la emisión de ruidos resultante de la actividad industrial de la demandada sobrepasa los estándares previstos en el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido (ECASs), aprobado por D.S. N.º 085-2003-PCM. Efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto por el citado reglamento, en la zona donde la accionada desarrolla sus actividades (Zona mixta), los niveles máximos de ruido son de 60 dB en horario diurno y 50 dB en horario nocturno. Frente a ello, tanto del informe de Diagnóstico Ambiental Preliminar – DAP (2001) como del Informe de Monitoreo Ambiental correspondiente al primer semestre 2004, se desprende que los niveles de ruido hallados en la mayoría de los puntos de medición, sobrepasan los estándares establecidos por el citado reglamento. El ruido puede constituir un elemento contaminante y, consecuentemente, afectar derechos fundamentales como el de la integridad, la salud y al medio ambiente. Las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (hipertensión, deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, neurosis, perturbación del sueño, etc.), así como sobre su conducta social (incrementos de tendencias agresivas). Consecuentemente, corresponde a este Tribunal analizar si el ruido producido por las actividades industriales de la empresa demandada afecta, o no, los derechos anteriormente mencionados”. Asimismo, en el fundamento 17 expone: “ Sin embargo, el actor no está tomando en cuenta que el referido Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, al tiempo que establece los estándares respecto a los niveles máximos de ruido en el ambiente que no deben excederse para proteger la salud humana, prevé también que en las zonas donde se presenten niveles superiores a esos estándares, “se deberá adoptar un Plan de Acción para la Prevención y Control de la Contaminación Sonora que contemple las políticas y acciones necesarias para alcanzar los estándares correspondientes a su zona en un plazo máximo de (5) años

contados desde la entrada en vigencia del presente Reglamento” (Art. 10.- De los Plazos para alcanzar el estándar); adoptando así un criterio de progresividad”. De este modo, concluye en el fundamento 19 de la siguiente forma: “Este Tribunal no es ajeno al hecho de que si bien no existen elementos suficientes para que pueda emitirse una sentencia estimativa, dadas las actividades industriales de la accionada y su ubicación colindante con el Hospital Naval y la zona residencial de densidad media alta, se hace imprescindible, en atención a los principios de prevención y precaución, que el Estado adopte acciones positivas para asegurar la salud e integridad de la población asentada alrededor de la planta industrial de la demandada, y que esta dé estricto cumplimiento a la normativa ambiental que rige sus actividades”. De acuerdo a lo expuesto, en la parte resolutive, puntos 3 y 4 de la sentencia, el tribunal exhorta al Estado, a través de sus distintos entes, a la realización de inspecciones periódicas a la demandada con un fin meramente preventivo ante cualquier contaminación ambiental, así como realizar un seguimiento permanente de recomendaciones formuladas en los informes y monitoreos presentados como medios de prueba. En este sentido, se observaría que a pesar de haberse dispuesto la aplicación del principio precautorio, las medidas adoptadas son más de carácter preventivo, toda vez que el tribunal concluye que no se ha acreditado la afectación al medio ambiente y a la salud, por lo que solo bastaría una fiscalización constante sobre la demandada para evitar eventuales perjuicios futuros.

Otro caso que analizó al principio en estudio fue el caso Cordillera Escalera³⁴⁵, donde se solicitó que las demandadas REPSOL, PETROBRAS, OCCIDENTAL PETROLERA DEL PERU y LLC, suspendan la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida Cordillera Escalera. En dicho caso, el juez invocó como en los anteriores, el derecho a un ambiente equilibrado analizando su contenido desde una vertiente prestacional y una reaccional, imponiendo a el Estado y los particulares no solo la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana, sino también la obligación de conservar dicho ambiente. Todo ello bajo la premisa de que es mejor evitar el daño (observando la aplicación de los principios de prevención y precautorio) a tener que indemnizar por

³⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 3343-2007-PA/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe>. Consultado el 12 de setiembre del 2016.

perjuicios que muchas veces resultan demasiado oneroso para la sociedad. Sin embargo, si bien es cierto en la sentencia se menciona al principio de precaución, se hace con el fin de diferenciarlo del principio de prevención, el cual fue mucho más utilizado para fundamentar el fallo que declara fundada la demanda y ordena la suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 103 sobre el cual se constituyó el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, en tanto no se apruebe un Plan Maestro de dicha área natural protegida. Es decir, en dicha sentencia no se hace un análisis detallado del principio precautorio como herramienta útil para la toma de medidas precautorias sobre daños aun inciertos atendiendo a los riesgos a que se expondrían los derechos fundamentales con la ejecución del proyecto³⁴⁶.

³⁴⁶ No obstante, ello no quita que la sentencia Cordillera Escalera se auna de las mas imporantes que ha dictado el Tribunal Constitucional en materia medioambiental. Ello porque entre sus consideraciones, se desarrollan importantes instituciones del Derecho Ambiental, como son el Derecho a un media ambiente equilibrado y adecuado, la Constitución Ecológica, Principio de Desarrollo Sostenible y de Sostenibilidad, responsabilidad socioambiental de la empresa, entre otros. JIMENEZ VIVAS, J. “Alcances y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia ambiental. Un análisis caso por caso”. *Op. Cit.* Pág. 153.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por lo expuesto a lo largo del presente estudio, resulta evidente que la historia ha demostrado que la sociedad siempre ha brindado mayor importancia al desarrollo económico y el avance acelerado de las nuevas tecnologías y conocimientos, dejando en un segundo plano las consecuencias que podrían acarrear dichos avances en el medio ambiente y por tanto, en la salud y vida de las personas. No obstante, gracias a esos episodios históricos, el ser humano ha tomado conciencia de los efectos eventualmente perjudiciales que podrían acarrear en el medio ambiente dichos descubrimientos por lo que, desde la organización de su propio estado, ha promulgado normas y creado instituciones que vigilen la eficacia de dichos derechos. Asimismo, convirtiéndose el medio ambiente en un problema ya de carácter global, los países, conscientes de la necesidad de mantener un medio ambiente óptimo para el desarrollo y continuidad de la especie humana, han optado por aunar fuerzas para combatir los problemas que afectan al medio ambiente a través de acuerdos internacionales recogidos en instrumentos del mismo carácter, en base a los cuales asumen voluntariamente la obligación de cumplir con su texto y someterse a la competencia de los órganos internacionales en caso de incumplimiento de sus disposiciones.

SEGUNDA. Dentro de este contexto, el principio precautorio cobra relevancia como una herramienta para la salvaguarda del medio ambiente sano y por consiguiente, de la salud pública y vida del ser humano. De hecho, la necesidad de su viabilidad ha ocasionado que diversos países lo acojan en textos internacionales, como los tratados, convenciones, pactos, declaraciones, entre otros; y lo adopten, también en su derecho interno. No obstante, es preciso resaltar que el estudio de dicho principio va de la mano con el nivel de conciencia ambiental de cada sociedad por lo que resulta lógico que existan países donde dicho principio se encuentra mejor desarrollado y tipificado que en otros, donde generalmente le dan poca importancia debido a criterios de carácter económico y político. Normalmente este es el caso de los países que conforman la Unión Europea donde el derecho comunitario desarrolla mejor el principio precautorio habiendo incluso establecido lineamientos comunes para su aplicación y efectividad contenidos en el documento llamado Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución del año 2000.

TERCERA. Al respecto, es preciso recordar la existencia de un sector de la doctrina que niega el carácter vinculante del principio precautorio a nivel internacional mencionando que se trata de una simple directriz o recomendación. No obstante, del estudio hecho al mismo, puede evidenciarse, que el principio precautorio tiene carácter vinculante debido a que se trata no solo de una norma convencional sino también consuetudinaria. Lo primero es plenamente apreciable en los diferentes instrumentos internacionales en los que se encuentra recogido y respecto de los cuales existe un consenso por parte de los países que los celebran y los ratifican asumiendo de este modo el contenido del mismo. En lo referente al segundo aspecto, como bien se sabe la costumbre internacional es una de las fuentes del derecho internacional, en este sentido, el principio precautorio, al haber sido recogido en varios instrumentos internacionales, ha alcanzado el requisito de ser una práctica reiterativa en espacio y tiempo, asimismo, los estados parte de dichos instrumentos, se han sometido a las normas aplicando el texto de los mismos, de modo que se evidencia la conciencia de su obligatoriedad para dichos estados. Como ejemplo, puede citarse una vez más a la Unión Europea en cuyas normas comunitarias recoge al principio en estudio, habiéndose dado casos donde fue aplicado con miras a garantizar un medio ambiente sano, salud pública y la vida de las personas. No obstante, existiría un tercer fundamento que refuerza aún más el carácter

vinculante del principio precautorio en sede internacional; se trata de un principio cuyo fin es la protección del derecho fundamental al medio ambiente sano. En este sentido, la necesidad de su aplicación se vuelve indispensable debido a que el ser humano solo podrá existir en un ambiente que reúna las condiciones para su supervivencia, de modo que el deterioro del mismo acarrearía perjuicios en la calidad de vida de las personas, haciendo imposible la vigencia de muchos más derechos.

CUARTO. Nuestro ordenamiento jurídico no solo ha recogido el principio precautorio internamente sino que además ha recepcionado estándares internacionales en materia ambiental, de modo que dada la importancia de los derechos que protege, se impone al Estado la carga de garantizar su aplicabilidad cuando los mismos sean expuestos a peligros o daños graves o irreversibles, dentro de un contexto de incertidumbre. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Perú es parte no solo de instrumentos internacionales en materia ambiental sino de Derechos Humanos, por lo que, dada la evidente conexión entre el principio y el derecho al medio ambiente sano, salud pública y vida, resulta indispensable que el Estado garantice el cumplimiento de las normas convencionales asumidas voluntariamente, lo que podría darse a través de la creación de instituciones o reforzamiento de las ya existentes, encargas de la fiscalización y control del cumplimiento de la norma convencional.

QUINTA. A pesar de su regulación interna e internacional, del análisis de la realidad peruana se observa que el principio precautorio no tiene mucha vigencia, debido al temor y poco conocimiento de su contenido, así como su contraposición a criterios de índole económico, científico y hasta político. Al respecto, resulta necesario atender a la concurrencia de los presupuestos para su aplicabilidad, debiendo resaltar el hecho que su aplicación se reduce al campo de la incertidumbre científica donde la misma encuentra su origen en la limitación de la ciencia³⁴⁷ y no en la falta de datos producto de factores políticos, geográficos, económicos, entre otros. Del mismo modo, es preciso resalta que con su aplicación no se busca frenar el desarrollo económico, industrial y científico del país sino más bien afrontar situaciones de riesgo hipotético que pueden derivarse de dichos avances evitando de esta manera vacíos legales que

³⁴⁷ Es decir, el conocimiento científico del momento no permite conocer más allá porque llegó a su límite, en determinado periodo.

lleven a tomar medidas abusivas y desproporcionales con resultados negativos no deseados. En este sentido debe optarse por una definición que permita entender su verdadera naturaleza en cuanto a los derechos que protege. Una posible vía para lograr la vigencia del principio precautorio en el Perú sería a partir de la observancia de otros modelos que lo regulen de mejor manera, siendo el modelo europeo es el que más ha desarrollado el principio, cuya producción normativa y jurisprudencial respecto al tema en estudio demuestra un conocimiento más profundo del mismo. De hecho, la regulación sobre la aplicación del principio precautorio recogido en la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea del año 2000, puede tomarse como base. En el mismo, el punto 5 define que el principio precautorio sólo puede utilizarse “en la hipótesis de riesgo potencial, aunque este riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda cuantificarse su amplitud o no puedan determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos”. Es decir, determina que el desencadenante de la invocación del principio es el riesgo potencial. Asimismo define que la aplicación del principio se encuentra plenamente justificada cuando se cumplen tres condiciones: la identificación de los efectos potencialmente peligrosos, la evaluación científica y la incertidumbre científica. Por otro lado, establece directrices para la aplicación del principio mencionando que se debe atender a principios específicos y genéricos. Respecto a los primeros, el punto 4 menciona concretamente la evaluación de riesgo; determinación del riesgo y las consecuencias potenciales de la inacción; y la participación de todos los involucrados. En cuanto a los segundos, el punto 6 de la Comunicación refiere que se trata de principios observables al momento de adoptar la medida precautoria, siendo estos, proporcionalidad entre medida adoptada y nivel de protección elegido; no discriminación en la aplicación de medidas; coherencia entre aplicación de medidas adoptadas con las que se han dado antes o similares; el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la inacción; la revisión de las medidas a la luz de la evolución científica.

SEXTA. No puede dejar de mencionarse, además, el sujeto sobre el cual recae el deber de probar la inocuidad de la actividad que se pretende introducir. La inversión de la carga de la prueba constituye uno de los pilares del principio precautorio puesto que obliga al actor, empresario o titular de la actividad o nuevo descubrimiento, a invertir recursos para la investigación respecto a los posibles riesgos y efectos sobre la vida y medio ambiente, que produciría su introducción y demostrar, de esta manera a la autoridad competente que los posibles efectos no son perjudiciales o no superar el nivel de riesgo tolerable³⁴⁸ por la sociedad.

SETIMA. Es importante también, tener en cuenta que el Estado es el primer llamado a garantizar la protección y vigencia de derechos fundamentales de la persona³⁴⁹, por lo que las decisiones que tome no deben perjudicar al ser humano de manera que se genere una situación de daño irreparable. En este contexto, tiene la obligación de capacitar constantemente a los operadores jurídicos y demás funcionarios respecto a la aplicación del principio precautorio, de modo que los mismos tengan la posibilidad de adoptar medidas precautorias adecuadas ante situaciones que lo ameriten, evitando así un ejercicio arbitrario en sus funciones que conlleve a la vulneración de los derechos de la persona.

OCTAVA. Del mismo modo, los magistrados del Tribunal Constitucional deberían emitir fallos que guarden una línea de coherencia para casos similares que se presenten para su resolución, de modo que fijen precedentes de carácter vinculante cuyo contenido no solo muestre el profundo análisis y utilidad del principio en estudio para la salvaguarda de los derechos fundamentales sino también puedan ser fácilmente aplicados debido a los criterios de congruencia y lógica utilizados al momento de su elaboración. De esta manera no solo se lograría garantizar la vigencia dichos derechos fundamentales, sino también eliminar o aminorar la existencia de casos donde se emitan sentencias contradictorias. En ese sentido, habría que destacar la necesidad de que el poder judicial observe y analice los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, donde se hace mención al principio de precaución, como herramienta para la defensa de los derechos

³⁴⁸ Normalmente la decisión sobre el nivel de riesgo tolerable termina siendo una decisión política puesto que es el estado quien lo determina.

³⁴⁹ Artículo 1 de la Constitución Política del Perú menciona que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

fundamentales al medio ambiente sano, salud pública y vida; puesto que, el juez tiene la facultad de emitir decisiones que no solo atiendan a los hechos y al derecho aplicable al caso concreto sino también que guarden coherencia con otras resoluciones promulgadas a su mismo nivel y a nivel del máximo intérprete de la Constitución. Ahora bien, cuando exista sentencias contradictorias, como lo mencionado en el Caso NEXTEL DEL PERU SA, donde en causas similares se resolvió de modo diferente, y haya confusión respecto a que criterio seguir, el juez tendrá que hacer un estudio del caso y definir la norma aplicable, debiendo adoptar la decisión que mejor ampare y garantice la vigencia de los derechos constitucionales, debiendo fundamentar de manera adecuada su alejamiento del criterio no escogido.

NOVENA. Finalmente, la comunicación constante con la sociedad cumple un papel importante puesto que es quien sufriría las posibles consecuencias de los riesgos de nuevos productos, actividad o descubrimiento por lo que la información transparente y consulta permanente y oportuna ayudaría a garantizar la protección de los derechos de la persona. Asimismo, la fiscalización y control por parte del Estado respecto a dicha información resultaría igualmente indispensable para garantizar la vigencia de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J. *Manual de Derecho Ambiental*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona.2001.

ALONSO GARCÍA, E. *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea: el contenido sustantivo de la Legislación Comunitaria de Medio Ambiente*. Civitas. Madrid. 1993.

ANDALUZ WESTREICHER,C. *Manual de derecho ambiental*. Iustitia. Lima. 2011.

BECERRA RAMIREZ, M. *El control de aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2016.

BERBEROFF AYUDA, D. *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*. Centro de Documentación Judicial. Madrid. 2005.

BLANCO LOZANO C. “Víctima y Reparación en el Delito Ambiental” (pág. 13-29) en *Revista de Derecho Ambiental*. 1997. N° 18.

BLUME FORTINI, E. “El Derecho Internacional de los DDHH en la Jurisprudencia del TC Peruano“(pag.87 – 104). MOSQUERA MONELOS, S. (coord.) *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015

- CAFFERATTA, N. *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*. Dykinson. Madrid. 2007.
- CANOSA USERA, R. *Constitución y Medio Ambiente*. Jurista Editores. Lima. 2004.
- COMISIÓN MUNDIAL DE ÉTICA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LA TECNOLOGÍA. *Informe del grupo de expertos sobre el Principio Precautorio*. UNESCO. París. 2005.
- CORREA RUBIO, M. “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993” (pág. 99 - 113). *Pensamiento Constitucional* Año V N° 5.
- DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”(pág. 179-231). *Revista de administración pública*. Num 3. Setiembre-diciembre. Madrid. 2010.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. *El principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina*. Lerner Editora S.R.L. Córdoba. 2008.
- DURÁN MEDINA, V. *Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los Principios Precautorio y de Acceso a la Información Ambiental*. Centro de Derecho Ambiental. Chile. 2001.
- ECHEGOYEN CARMONA, R. RIVERA ROSALES, M. *Asbestosis y mesotelioma pleural maligno*. Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas. México. 2012.
- EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Iustel. Madrid. 2010.
- ESTEVE PARDO, J. *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2009.

- GARCES VILLAMIL, M. *El principio de protección en materia ambiental. Obstáculo para el desarrollo o garantía para restaurar los recursos naturales*. Debates Latinoamericanos. Argentina. 2015.
- GATTAS ABUGATTAS, G. “Sistemas de Incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?” (pág. 439-461). *Agenda Internacional*. Arequipa. 2005.
- GONZALES ARRUTI, C. “El Principio de Precaución en el ámbito de la diversidad biológica”. *Revista Perspectiva Jurídica*. Num. 3. Universidad Panamericana. 2014.
- HACKANSSON NIETO, C. “Posición Constitucional de los Tratados de DDHH en la Carta de 1993”(pág. 27 - 44). MOSQUERA MONELLOS, S. (coord.) *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015.
- HERRERA PERAZA, V. y VARGAS GONZÁLES, P. *¿Responsabilidad civil por daño ambiental? El impacto al recurso hídrico en el caso de las zona de recarga acuífera protegidas por el Decreto- Ley LXV del 30 de julio de 1888 en San Rafael de Heredia*. Universidad de Costa Rica. Costa Rica. 2013.
- JARIA I MANZANO, J. y otros (editores), *Derecho, globalización, riesgo y ambiente*. Tirant to Blanch. Valencia. 2012. Pág. 306 – 309.
- JAUREGUI MEDINA, J., *La construcción histórica del principio de precaución como respuesta al desarrollo científico y tecnológico*. Dilemata. Chile. 2013.
- JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, P. “Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea” (pág.7 - 22). *Revista de Política y Sociedad*. Madrid. Vol. 40. Nº 3.

- JIMENEZ VIVAS, J. “Alcances y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia ambiental. Un análisis caso por caso” (pág. 133- 155). En *Revista Gaceta Constitucional*, Gaceta Jurídica. 2014. N° 6.
- LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI; URRUTIA LIBARONA, IÑIGO; SANTAMARÍA ARINAS, RENÉ JAVIER. *Derecho ambiental. Parte especial. II, Productos químicos, transgénicos, residuos, contaminación electromagnética*. Lete. Bilbao. 2010.
- LORENZETTI, L. *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley. Buenos Aires. 2008.
- LOZANO CUTANDA, B; TURRILLAS A, CRUZ J. *Administración y Legislación Ambiental*. Dykinson. Madrid. 2011.
- MÉNDEZ CHANG, E. *El principio precautorio y su aplicación a los ensayos nucleares subterráneos franceses en el Pacífico Sur*. PUCP. Lima. 1996.
- MORALES CASTILLO, F. BRACK EGG, A. *Hacia una Justicia Ambiental*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2008.
- MOSQUERA MONELOS, S. “El Perú y la recepción de los Tratados de Derechos Humanos” (pág. 65-86). MOSQUERA MONELOS, S. (coord.) *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2015.
- NAVA ESCUDERO, C. “El principio de precaución en el Derecho Internacional Ambiental” (pág. 57 - 66). Publicado en *Revista de Derecho Ambiental y Ecología*. México. 2004.
- NOVAK, F. y GARCIA-CORROCHANO. L. *Derecho Internacional Público*. Tomo 11: Sujetos de Derecho Internacional. Vol. I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.
- ORTIZ GASPAS, D. “Un breve comentario: a propósito del artículo 115° del Código Procesal Constitucional” (pág. 1-8). *Revista Ita Est* de la Universidad San Martín de Porres. Año 2011.

PÉREZ ALONSO, ESTEBAN. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. *Soluciones favorables tanto para el clima como para la capa de ozono*. Naciones Unidas. Ginebra. 2006.

RECUERDA GIRELA, M. *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos*. Aranzadi. Navarra. 2006.

VAINSTOK, O. *Anotaciones para una ética en la ciencia y la tecnología: El Principio de Precaución*. Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Buenos Aires. 2010

VALLE MUÑIZ, J. *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*. Aranzadi. Pamplona. 1997.

VÁZQUEZ GARCÍA A. *La Responsabilidad por Daños al Ambiente; Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*. México. 2004.

VERA ESQUIVEL, G. “El principio precautorio en el Derecho Peruano” (pág. 87-101) en *Revista de Derecho Administrativo* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008. N° 6.

LEGISLACIÓN

De la Unión Europea

- Consejo de las Comunidades Europeas. Directiva del Consejo sobre la Liberación intencional al medio ambiente de organismos modificados genéticamente, promulgada el 23 de abril del 1990.
- Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, promulgada el 2 de febrero del 2000.
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Reglamento N° 178/2002 por el que se establecen los principios y requisitos de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, promulgada 28 de enero del 2002.

Peruana

- Constitución Política del Perú de 1979, promulgada 12 de julio de 1979.
- Constitución Política del Perú de 1993, promulgada el 29 de diciembre de 1993.
- Ley peruana N° 26647. Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano, promulgada el 28 de junio de 1996.
- Ley peruana N° 27775. Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, promulgada el 05 de julio del 2002.
- Ley peruana N° 28611. Ley General del Ambiente, promulgada el 15 de octubre del 2005.
- Ley peruana N° 29811. Ley que establece la moratoria al ingreso y producción de organismos vivos modificados al territorio nacional por un periodo de 10 años, promulgada el 9 de diciembre de 2011.
- Decreto Supremo N° 006-2006-JUS. Establecen disposiciones aplicables en caso que el Ministerio efectúe pago de indemnizaciones en cumplimiento de sentencias dictadas en procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales, promulgada el 18 de febrero del 2006.
- Decreto Supremo N° 017-2008-JUS. Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, promulgado el 29 de diciembre del 2008.

Comparada

- Naciones Unidas. Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del 09 de mayo de 1992.
- Organización Mundial del Comercio. Acuerdo sobre la aplicación de medidas Sanitarias y Fitosanitarias promulgada el 1 de enero de 1995.