

CONCLUSIONES

El principio de precaución se está incorporando paulatinamente en el derecho internacional medioambiental y está afianzándose también en los sistemas jurídicos regionales y sectoriales. La precaución es el elemento subyacente de gran parte del proceso de adopción de políticas ambientales, y supone un nuevo paradigma de protección de la salud, seguridad y medio ambiente. Hasta la década de los setenta la comunidad internacional tenía escaso interés en la protección del medio ambiente. Con el tiempo, se puso de manifiesto que la ciencia no siempre es capaz de aportar las conclusiones necesarias para proteger eficaz y económicamente al medio ambiente. Por ello, el principio de precaución fue una respuesta al creciente reconocimiento de la incertidumbre científica acerca de la degradación ambiental.

Así, la combinación de dos importantes perspectivas condujo a la aceptación del principio de precaución. La primera, que no siempre es la ciencia la base para determinar las posibles medidas de intervención y, la segunda, que las consecuencias nocivas por no haber adoptado medidas preventivas con la antelación suficiente pueden resultar irreversibles. Con estas premisas se aprobó el principio de precaución en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, contribuyendo, así, a orientar el desarrollo y la aplicación del derecho internacional ambiental. No obstante, pese a su general aceptación en el ámbito internacional, no existe un concepto claro y unívoco sobre la naturaleza jurídica de este principio.

El debate para determinar si el principio de precaución debe considerarse un principio general del derecho está politizado y no es constructivo. Tanto es así que no sólo no existe una opinión unánime en la doctrina sobre si es verdaderamente un principio jurídico, sino que, incluso, dentro de cada sector doctrinal pueden identificarse distintas concepciones acerca de su alcance.

La mejor respuesta para determinar la naturaleza jurídica de este principio se obtiene de la práctica internacional. Su inclusión en numerosos instrumentos jurídicos internacionales, y el hecho de que haya sido tomado en consideración por diversos tribunales internacionales, como el Tribunal de

Primera Instancia de la Unión Europea, así lo atestiguan.⁶⁹² Sin embargo, cabe advertir que la práctica internacional no es uniforme. Muestra de ello es el Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*.⁶⁹³ En ese asunto, la entonces Comunidad Europea reconoció que el principio de precaución se había convertido en una norma consuetudinaria general de derecho internacional. No obstante, los Estados Unidos y Canadá no compartieron tal afirmación. Esta aparente contradicción, junto con el silencio de los tribunales internacionales, como el Tribunal Internacional de Justicia,⁶⁹⁴ el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,⁶⁹⁵ y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el reconocimiento del principio de precaución como principio general del derecho comunitario, hace reflexionar sobre la verdadera naturaleza del principio. Así pues, parece que no se trata de un principio jurídico, sino más bien de una política de gestión de riesgos. Como toda política, tiene un trasfondo de demanda social que determina el nivel de precaución y los ámbitos en los que debe centrarse. Por ello, el principio de precaución tiene un ámbito de aplicación poco definido que varía de país en país.

Lo que sí queda claro es que al principio de precaución tiene cierto carácter normativo, en la medida que es susceptible de modificar de forma temporal el ordenamiento jurídico de un Estado, y que la falta de precisión no conlleva necesariamente a la ausencia de normatividad.

El principio de precaución, como menciona Boisson de Chazournes, es multifacético y contempla obligaciones de medio y de resultado.⁶⁹⁶ Es una obligación de medio, porque cada Estado tiene la obligación de hacer un

⁶⁹² Sentencia del TPI (Sala Segunda), *Artgodan GmbH y otros vs. Comisión* (asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00), del 26 de noviembre de 2002. Y *Solvay Pharmaceuticals BV vs. Consejo* (asunto T-392/02), del 21 de octubre de 2003.

⁶⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, del 16 de enero de 1998.

⁶⁹⁴ *Cfr. Pruebas nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)* del 20 de diciembre de 1974, *ICJ Reports, 1995*, p. 288. *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, del 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports, 1997*, p. 7.

⁶⁹⁵ Casos núms. 3 y 4, *Asunto del Atún de Aleta Azul (Nueva Zelanda vs. Japón; Australia vs. Japón)*, Demanda en solicitud de prescripción de medidas provisionales, Auto del 27 de agosto de 1999. Y caso núm. 10, *Asunto de la Fábrica Mox (Irlanda vs. Reino Unido)*, Demanda en solicitud de prescripción de medidas provisionales, Auto del 3 de diciembre de 2001.

⁶⁹⁶ Boisson de Chazournes, L., “El principio de precaución”, en varios autores, *La precaución de Río a Johannesburgo*, Ginebra, International Environment House, 2002, p. 8.

esfuerzo de buena fe para utilizar los medios actuales a su disposición para reducir o eliminar un riesgo potencial sin que haya necesariamente un umbral obligatorio para la protección del medio ambiente.

Es una obligación de resultado, porque los Estados tienen la obligación de alcanzar un umbral específico predeterminado de protección ambiental. El principio de precaución impone la obligación de prevenir los posibles efectos perjudiciales en el medio ambiente. En casos extremos, la precaución puede dar lugar a una suspensión de una actividad determinada hasta que se haya demostrado que es inocua.

Asimismo, el principio de precaución exige que los encargados de adoptar las políticas ambientales cooperen entre sí, cuando haya incertidumbre científica sobre las consecuencias de alguna actividad. También deben colaborar con otros actores interesados en la realización de las evaluaciones de impacto ambiental y en la puesta en práctica de medidas eficaces y eficientes, para prohibir las actividades que conlleven riesgos, ya sean temporales o permanentes. En este marco, es preciso establecer procedimientos que permitan un examen judicial que garantice la transparencia del proceso de adopción de decisiones.

La decisión de aplicar el principio de precaución es una decisión política, pero susceptible de control por los órganos judiciales, incluso teniendo en cuenta su amplio margen discrecional. Existen diversas técnicas de control judicial, que no político, de la discrecionalidad con la que actúa el Estado. Se reconoce un mayor poder discrecional al Estado cuanto mayor sea la indeterminación del derecho y, por consiguiente, el grado de discrecionalidad de la acción determina la intensidad del control judicial que puede ejercerse. En este contexto, el principio de proporcionalidad, como principio que deriva directamente del de legalidad, puede contribuir a evitar posibles arbitrariedades, actuando como límite al poder político. Llegado el caso, el control judicial deberá analizar si la autoridad competente recabó la suficiente información y fundamentó su decisión en una evaluación del riesgo acorde con los conocimientos científicos existentes.

La decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se deberá ejercer cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta y cuando haya 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. Lo más característico de este principio es que puede fundamentar la adopción de decisiones de excepción. Decisiones que suponen una excepción al régimen jurídico general que en principio sería aplicable. Sin embargo, el

principio de precaución no puede legitimar en ningún caso una decisión arbitraria.

Las medidas provisionales que se adopten en virtud del principio de precaución deben ser proporcionales al nivel de protección elegido, no discriminatorias en su aplicación, y han de ser coherentes con las medidas similares adoptadas anteriormente. Igualmente, deben estar sometidas a revisión cuando se obtengan nuevos datos científicos y deben designar quién debe aportar las pruebas científicas necesarias que permitan una evaluación del riesgo más completa.

Los alcances y los límites del principio de precaución en el ámbito de la seguridad alimentaria aparecen claramente recogidos en la sentencia *Pfizer Animal Health vs. Consejo* del Tribunal de Primera Instancia de la antigua Comunidad Europea. En ella, el Tribunal consideró la obligación de las instituciones de la Unión Europea de garantizar un nivel elevado de protección de la salud.⁶⁹⁷ Un nivel que no tenía por qué ser el más alto posible desde el punto de vista técnico, ni podía fijarse de una concepción meramente hipotética del riesgo, ni debía aspirar al riesgo cero. En la determinación del riesgo inaceptable, la autoridad competente debe tener en cuenta la gravedad de las repercusiones para la salud humana, si el riesgo llegara a materializarse, la magnitud de los efectos perjudiciales, su persistencia, reversibilidad o efectos a largo plazo de los daños causados.⁶⁹⁸ Por tal motivo, el TPI también precisó que la realización de una evaluación científica de los riesgos constituía un requisito previo y necesario para la adopción de cualquier medida preventiva.⁶⁹⁹

La inclusión de rasgos genéticamente novedosos o modificados en los diferentes productos alimenticios ofrece, entre otros beneficios, un aumento de la producción agrícola, alimentos con mayores características nutricionales que las que tienen las especies naturales, incluso se podría llegar a crear alimentos con propiedades terapéuticas, como por ejemplo, alimentos con vacunas incorporadas. Asimismo, se lograrían variedades de cultivos más resistentes a las plagas, sequías, heladas, etcétera, de modo que se podría reducir el uso de pesticidas. Sin embargo, los rasgos novedosos de los OVM también pueden acarrear riesgos potenciales para la salud y el desarrollo humano, como por ejemplo, generar alergias y resistencia a fármacos. Desde el punto de vista comercial, la aplicación sistemática de la biotecnología

⁶⁹⁷ *Cfr.* párrafo 152, Sentencia del TPI (Sala Tercera), *Pfizer Animal Health vs. Consejo*, Asunto T-13/99, del 11 de septiembre de 2002.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 153.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 155.

en el sector alimentario supondría una fuerte dependencia de los agricultores respecto de las empresas transnacionales que comercializasen los OVM. Cabe resaltar, además, que las consecuencias de la introducción de nuevos elementos biológicos en los ecosistemas no pueden conocerse a corto plazo.

El desarrollo del comercio transfronterizo y la generalización de la tecnología para el empleo de los OVM exige que los riesgos, especialmente los ambientales y sanitarios, y la forma de reaccionar frente a ellos, deban tener necesariamente un enfoque global. Por ello, es imprescindible que a nivel internacional se introduzcan las herramientas legales oportunas que permitan evaluar el impacto ambiental y sanitario de los OVM que se pretenden comercializar y, así, se pueda alcanzar un tratamiento jurídico de una biotecnología segura aplicable de forma homogénea en toda la comunidad internacional.

Por último, debemos mencionar que la aplicación de la biotecnología en el comercio internacional puede plantear situaciones de responsabilidad internacional ante el daño ambiental. Recientemente se ha producido una tendencia clara para derivar la responsabilidad ambiental del campo de las relaciones entre los Estados al terreno de las relaciones entre particulares. Por ejemplo, durante la tercera reunión mundial de abogados y asociaciones de derecho ambiental,⁷⁰⁰ se aludió a la conveniencia de reforzar la responsabilidad ambiental de las empresas en su doble aspecto, el preventivo y el reparador, y de consagrar internacionalmente la obligación de gobernanza social y ambiental, incluyendo el respeto del conjunto de normas en vigor.⁷⁰¹ Además, se subrayó la necesidad de reforzar la acción conjunta de los Estados, de las organizaciones internacionales, de la sociedad, así como de las empresas privadas y de las ONG dedicadas al medio ambiente y el desarrollo sostenible con el fin de alcanzar la más alta efectividad del derecho ambiental.

En el ámbito de la seguridad alimentaria, por otra parte, si bien es cierto que en la mayoría de los países esta responsabilidad recae sobre el Estado, hoy se puede conseguir una mayor eficacia y un nivel de protección adecuado mediante un enfoque integrador de los sistemas de control públicos

⁷⁰⁰ Celebrada en Limoges, Francia, 29 y 30 de septiembre, y 1o. de octubre de 2011, se hizo una petición para enviarla a los Estados que participarán en la Conferencia de Río+20, junio de 2012.

⁷⁰¹ *Cfr.* punto V.1, de la Convocatoria de juristas y de asociaciones de derecho ambiental (abierto para la firma el 1o. de octubre de 2011 para ser enviado a los Estados participantes de la Conferencia de Río+20, 4-6 de junio de 2012). Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDC), <http://www.cidce.org/>, 31 de enero de 2012.

y los sistemas de la industria alimentaria, que incluye también la acción de los particulares. La necesidad de una acción preventiva es compartida, cada vez con más fuerza, entre actores públicos y privados.

La difícil tarea de codificar el derecho internacional del medio ambiente a nivel internacional revela el interés que existe por llegar a una determinación convencional de las obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente. La ausencia de un acuerdo formal respecto de estos proyectos de codificación reside en la dificultad de elaborar textos con obligaciones detalladas aplicables uniformemente a todos los Estados. En este sentido, el derecho internacional contemporáneo ha asumido progresivamente el objetivo de protección del medio ambiente como expresión de los intereses esenciales de la comunidad internacional. Por tal motivo, las normas de derecho internacional que rigen la responsabilidad internacional del Estado, como se establece en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, se aplican también en el ámbito de la protección del medio ambiente.

El Proyecto de la CDI de 2001 debe ser entendido, por tanto, como una regulación general, permitiendo la existencia de regímenes especiales que deben ser considerados *lex specialis* primando sobre la *lex generalis*.

En efecto, este sería el caso de los recursos genéticos que se desarrollan en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología que es una norma ambiental específica. Este Protocolo debe primar, entonces, sobre las reglas de comercio establecidas en los acuerdos de la OMC, ya que se aplica a una categoría determinada de productos —los OVM—, mientras que los acuerdos de la OMC se aplican a todos los productos sujetos al comercio internacional.

Asimismo, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación, complementario al Protocolo de Cartagena, es otro ejemplo claro de la aplicación del principio *lex specialis*. Este protocolo proporciona medidas de respuesta en aquellos casos en que haya daños o probabilidad suficiente de daños a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica como resultado de OVM cuyo origen provenga de movimientos transfronterizos.

En el ámbito de la Unión Europea, podemos destacar la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Esta directiva incluye las actividades de riesgo que conllevan un régimen de responsabilidad

objetiva, como por ejemplo, la liberación intencional en el medio ambiente de OMG, su transporte y su comercialización. Se trata, no obstante, de una Directiva de mínimos, por lo que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más rigurosas en materia de prevención y reparación de los daños ambientales.