

Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea

The precautionary principle: from a Public International Law Perspective

Patricia JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA

Departamento de Derecho Internacional Público y Privado
Universidad Complutense de Madrid
patjdeparga@yahoo.es

Recibido: 9-02
Aceptado: 4-03

RESUMEN

La autora de este estudio analiza el principio de precaución desde la perspectiva del Derecho internacional público y desde el Derecho internacional del medio ambiente. El plan de trabajo consiste en analizar el principio de precaución tanto desde una perspectiva universal (parte primera) como desde la regional europea (parte segunda). En la primera estudia el principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho internacional del medio ambiente (punto A); establece los elementos definitivos del principio de precaución (punto B); fija el status del principio de precaución en el derecho internacional del medio ambiente (punto C), y se pregunta acerca de la distinción y de la articulación jurídica de los principios de prevención y de precaución (punto D). En la segunda sitúa el principio de precaución desde el ángulo del Derecho de la Unión Europea, y de forma más concreta, en tanto que uno de los principios jurídicos que informan el principio estructural de la protección ambiental en el Derecho de la Unión Europea (punto A); averigua si el Derecho comunitario europeo ha procedido o no a una definición propia del principio de precaución (punto B), y ve cómo el principio de precaución se está extendiendo ya a otros ámbitos (punto C). Una vez analizado el principio de precaución tanto desde una perspectiva universal como desde otra de signo particular, la autora sienta unas conclusiones finales.

ABSTRACT

This article analyses the precautionary principle from the perspective of Public International Law, and, more specifically, following International Environmental Law. The first section centers upon three topics: the definition of the main elements of the principle, its status in international law and the distinction between precaution and prevention. The second section focuses on Community law and tries to assert if the European Union has contributed to a definition of the precautionary principle as well as it documents its expansion into other areas.

PALABRAS CLAVES
principio de precaución,
Derecho Internacional Público,
derecho internacional del medio ambiente,
derecho de la Unión Europea

KEY WORDS
Precautionary principle,
Public International Law,
International Environmental Law,
European Union Law.

SUMARIO 1. Introducción: delimitación del objeto de estudio. 2. Parte Primera. Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público desde la perspectiva universal. 3. Parte Segunda. El principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho de la Unión Europea. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. Introducción

El principio de precaución va a ser objeto de estudio en este artículo que emprendemos, desde la perspectiva del Derecho internacional público, y de forma más concreta, desde el análisis de uno de los sectores del Derecho internacional público, como es el Derecho internacional del medio ambiente.

Si como expusimos en una monografía publicada en 2001¹, entendemos por medio ambiente el conjunto de los elementos que son imprescindibles para la vida, es decir, la Biosfera o el Ecosistema global, y por Derecho internacional del medio ambiente, al conjunto de principios y de normas internacionales que protegen la Biosfera o el Ecosistema global² quizás entonces nos percatemos de que dichos principios y normas pueden irradiar otros sectores y otras materias aparentemente diversas, con lo que surge ya desde el comienzo la cuestión de saber si la protección de la Naturaleza no es acaso uno de los grandes principios que debieran estructurar el conjunto del ordenamiento jurídico, en nuestro caso, el conjunto del Derecho internacional público, globalmente considerado.

Como segunda operación preliminar, queremos indicar cuál va a ser el plan de trabajo que vamos a seguir. Nuestro empeño es analizar el principio de precaución en Derecho internacional público tanto desde una perspectiva universal (Parte Primera), como desde otra perspectiva de signo particular, y en concreto, regional europea (Parte Segunda).

En la Primera Parte (*análisis del principio de precaución en Derecho internacional público desde la perspectiva universal*) lo primero que haremos será analizar el principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho internacional del medio ambiente (punto A); sentaremos, en segundo término, los elementos definitorios del principio de precaución (punto B); fijaremos, en tercer lugar, el *status* del principio de precaución en el Derecho internacional del medio ambiente (punto C), y, nos preguntaremos, en cuarto lugar, acerca de la distinción y de la articulación jurídica de los principios de prevención y de precaución (punto D).

En la Parte Segunda (*análisis del principio de precaución en Derecho internacional público desde una perspectiva regional europea*) situaremos el principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho de la Unión Europea, y de forma más concreta, en tanto que uno de los principios jurídicos que informan el principio estructural de la protección ambiental en el Derecho de la Unión Europea (punto A); averiguaremos si el Derecho comunitario europeo ha procedido o no a una definición propia del principio de precaución (punto B), y veremos cómo el principio de precaución se está extendiendo ya a otros ámbitos (punto C).

Una vez hayamos analizado el principio de precaución tanto desde una perspectiva universal como desde otra de signo particular, estaremos en condiciones de sentar algunas Conclusiones (Punto III).

¹ Jiménez de Parga y Maseda, P.: *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, Ecoiuris/LA LEY, 2001.

² El primer problema que plantea el Derecho internacional del medio ambiente es el de saber en qué consiste o cuál es su objeto. Mas si durante décadas, hubo una indeterminación científica o doctrinal si no unánime, si bastante generalizada, lo cierto es que en los últimos años dicha indeterminación ha tratado de ser paliada por dos textos o instrumentos muy distintos en cuanto a su naturaleza, mas enormemente importantes, como son, el primero, el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 *sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* («Dictamen AGNU»); el segundo, la Resolución del *Institut de Droit International*, de 4 de septiembre de 1997, sobre medio ambiente. En el primero de ellos, el TIJ ha sentado: «L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont de-

2. Parte Primera. El principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho internacional del medio ambiente

A) La identificación de dichos principios estructurales

En la monografía que dedicáramos en el año 2001 al principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente, hicimos una propuesta de determinados principios estructurales del Derecho internacional ambiental.

Entendimos por *principios estructurales ambientales*, aquellos principios jurídicos que, contenidos en las Declaraciones y Resoluciones ambientales más importantes adoptadas en el seno de las Naciones Unidas como son la *Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972* (DEMH), adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972³, la *Carta Mundial de la Naturaleza de 28 de octubre de 1982* (CMN) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982 y la *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 14 de junio de 1992* (DRMD), aprobada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992⁴, tienen por función vertebrar, dar sentido y coherencia a este ámbito concreto del Derecho internacional público.

En ese intento de identificación propia, los principios que propusimos son: el principio del

desarrollo sostenible y de la equidad intergeneracional, el principio de la cooperación con espíritu de solidaridad mundial, reconociendo responsabilidades comunes, pero diferenciadas, el principio de prevención, y nos mostramos más prudentes o nos preguntábamos acerca de si estamos en presencia o no de un principio (autónomo) de precaución, desde la perspectiva del Derecho internacional ambiental, a escala universal.

De forma por completo sucinta, pues ya lo tratáramos entonces a fondo, entendemos que por lo que respecta al principio del desarrollo sostenible y de equidad intergeneracional, la evolución actual del Derecho internacional ambiental tiende a convertir el desarrollo sostenible de objetivo último, o también denominado «matriz conceptual», a auténtico principio, mas principio que tiene una doble faceta: por una parte, estructurante de todo este sector del Derecho internacional público, por otra, con un contenido, si no plenamente normativo, si con una tendencia hacia su propia normatividad, ya que su constante mención en instrumentos jurídicos pone en evidencia una *opinio iuris* que se ha ido consolidado a lo largo del tiempo.

Junto al desarrollo sostenible, otro concepto, el de la equidad intergeneracional, ha ido adquiriendo una importancia muy particular. Existe, en efecto, una relación muy estrecha entre uno y otra, porque si el desarrollo sostenible es, en síntesis, aquél que se ejerce de tal modo que satisfaga tanto las necesidades de desarrollo, o sea, de mejora socio-económica, como las ambientales, de las generaciones presentes y futuras, lo cierto es que tal satisfacción se debe llevar a cabo de manera justa o equitativa.

pendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir». Mediante el segundo, el *Institut de Droit international* ha afirmado que el medio ambiente incluye: «(...) les ressources naturelles abiotiques et biotiques, notamment l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore ainsi que l'interaction entre ces mêmes facteurs. Il comprend ainsi les aspects caractéristiques du paysage» De estas dos importantes definiciones se infiere que el medio ambiente es el conjunto de los elementos que son imprescindibles para la vida, es decir, la Biosfera o el Ecosistema global.

³ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972 (ONU, Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1), cuyo texto puede consultarse en González Campos, J.D.: Andrés Sáenz de Santamaría, P.: *Legislación básica de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 743-749 y en Torres Ugena, N.: *Textos normativos de Derecho internacional público*, 7.ª ed., Madrid, Cívitas, 2000, pp. 479-484.

⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 14 de junio de 1992 (ONU, DOC, A/CONF. 151/26, Rev. 1), cuyo texto puede consultarse en González Campos, J.D.: Andrés Sáenz de Santamaría, P.: *Legislación básica de Derecho internacional público*, op. cit., (2000), pp. 749-753 y en Torres Ugena, N.: *Textos normativos...*, op. cit. (2000), pp. 485-492.

Esto significa que la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes no puede amenazar o impedir que las generaciones futuras satisfagan sus necesidades tanto de desarrollo como de protección ambiental.

Partiendo, tercer lugar, de que la contradicción básica que preside el Derecho internacional público contemporáneo se halla presente con particular intensidad en el Derecho internacional ambiental, porque en éste es particularmente notorio el conflicto entre la protección a escala global que reclaman los problemas que afectan a recursos planetarios y la soberanía nacional, es decir, el conflicto entre la dimensión universal de la realidad a proteger y la dimensión nacional del principal agente de la protección o destrucción, al ser el Derecho internacional público un orden vivo, dinámico, cambiante y en proceso continuo de transformación, tiende hacia el polo de la universalización de la protección. Dicho con otros términos, al ser el Derecho internacional público un orden que camina hacia su propio fortalecimiento, no hacia su debilitamiento, el conflicto indicado y que es todavía más palpable o detectable en el sector del Derecho internacional del medio ambiente, refleja la realidad actual, pero los términos del conflicto se inclinan tendencialmente a favor de la solución universalista. Razón por la cual la *cooperación* aparece a nuestros ojos como la principal vía para la solución de los problemas ambientales. Y esto resulta de la razón expuesta: el «gap» entre la dimensión espacial del problema y su solución: el único remedio es cooperar. Precisamente porque la Tierra es un único ecosistema, los problemas que la afectan deben solventarse en el nivel institucional adecuado a dicho ecosistema, o sea, el nivel internacional; pero dado que no existe en este plano una autoridad capaz de imponer un orden jurídico, éste tiene que surgir de la cooperación entre los sujetos internacionales: Estados y Organizaciones internacionales. Además, porque se trata de un «patrimonio recibido y que hay que transmitir», requiere de la *solidaridad mundial*.

El principio de solidaridad quiere decir que no sólo se trata de que los Estados cooperen para que la protección ambiental alcance la eficiencia necesaria tratándose de un ecosistema planetario, sino que, además, debe ser el fruto de la solidaridad entre todos los actores sociales (Estados, Organizaciones internacionales, Organizaciones no gubernamentales, individuos...): la *solidaridad mundial*. Sin embargo, este papel no puede ser igual para todos los Estados porque han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, por lo que *los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas*.

El tercer principio ambiental que tiene, a nuestro entender, rango de principio estructural del Derecho internacional ambiental a escala universal es el de *prevención*. *Se ha producido, en nuestros días, una toma de conciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), y ello convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del Derecho internacional público.*

Para corroborar la anterior afirmación, nos basamos en las siguientes comprobaciones. En primer lugar, en la propia doctrina del Tribunal Internacional de Justicia. En efecto, el TJ ha dicho en su Sentencia de 25 de septiembre de 1997, recaída en el *asunto Gabcikovo-Nagymaros*:

« Dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes aux mécanismes mêmes de réparation de ce type de dommage (...) ».

En segundo lugar, en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional tendentes a codificar la responsabilidad por riesgo o «por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional», los cuales se han orientado o han desembocado en el principio de *prevención*.

En efecto, el *Artículo 3 del Proyecto de Preambulo y de los 19 Proyectos de Artículos sobre*

¹ TJ, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros*, (Hongrie c/Slovaquie), Rec. 1997, p. 4; en concreto, pár. 140.

prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado de forma definitiva por la Comisión de Derecho internacional, en su 2675.^a celebrada el 11 de mayo de 2001⁶, está dedicado *expressis verbis* a la prevención. Su redacción concisa —tan sólo una frase («El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible, o en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo») y, por completo clara, ayuda a entenderlo como una afirmación de principio, es decir, como el núcleo duro de este Proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos.

Desde una perspectiva epistemológica, el principio de prevención supera el modelo curativo y se sitúa en un estadio anterior al modelo anticipativo, es decir, conforma, estructura o da sentido al modelo denominado justamente «modelo preventivo». *La finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas, es decir, se impone una acción de prevención.*

No obstante, lo cierto es que el principio de prevención tiene como primera característica una suerte de dualidad entre la facilidad de su propia aceptación teórica (desde antaño se admite que «más vale prevenir que curar») y la dificultad de su aplicación práctica. Porque ¿prevenir respecto de qué?, respecto del riesgo y de los peligros, pero ¿qué constituye un riesgo y qué un peligro?

Tomando como referencia los criterios que recoge el *Proyecto de Preámbulo y de los 19 artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, éstos versa sobre «actividades no prohibidas por el Derecho internacional que entrañan un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Y el «riesgo de causar daño transfronterizo sensible» abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar un daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar un daño transfronterizo catastrófico. La definición determina los dos polos entre los que quedarán comprendidas las actividades previstas en esos proyectos de artículos. Un polo es el de las *pocas probabilidades de causar un daño catastrófico*. Ésta es realmente la característica de las actividades sumamente peligrosas. *El otro polo es el de las muchas posibilidades de causar otro daño sensible*. Sin embargo, excluye las actividades en que las hay muy pocas probabilidades de causar daños transfronterizos sensibles.

El principio de prevención está estrechamente relacionado con el principio *sic utere tuo ut alterum non laedas*, pero no se confunde con él. Existen efectivamente diferencias entre uno y otro, en el sentido de que si bien el principio *sic utere tuo ut alterum non laedas*, o del «uso diligente del territorio» o también denominado «de buena vecindad», está subsumido en el principio de prevención⁷, éste

⁶ En su 2701.^a sesión, el 3 de agosto de 2001, la Comisión, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, acordó recomendar a la Asamblea General que elabore una Convención basada en el Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

⁷ Si bien el principio del «uso diligente del territorio» posee unos orígenes jurisprudenciales ya antiguos, ha sido consagrado por el Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad del empleo o de la amenaza del empleo de armas nucleares («Dictamen AGNU»), en donde el TIJ lo considera como formando parte del *corpus iuris* del Derecho internacional ambiental. En consecuencia, tras este Dictamen, el principio del uso diligente del territorio, además de estar plenamente consolidado, porque forma parte del *corpus iuris* del Derecho internacional ambiental —o si utilizamos otra expresión, es «hard law»—, debe entenderse en el sentido de que las actividades realizadas en el interior de un territorio de un Estado no sólo «no deben molestar» a Estados vecinos (relaciones de vecindad o transfronterizas) sino, tampoco, perjudicar al medio ambiente de espacios internacionales que no se encuentran bajo soberanía ni jurisdicción nacional alguna. No obstante, y pese a que puede sostenerse que este principio, procedente del Derecho Internacional de la vecindad, al ser incorporado al Derecho internacional ambiental ha ampliado su contenido, porque prohíbe los actos de contaminación transfronteriza cuando causen daños apreciables, no sólo a terceros Estados, sino más en general a áreas comunes situadas más allá de toda jurisdicción nacional, tratándose de una obligación frente a la Comunidad internacional en cuanto tal, en realidad, la doctrina no admite todavía de forma pacífica la posibilidad de una acción popular por reparación de daños al medio ambiente en cuanto tal.

es más amplio, porque incluye, además, medidas de acción preventiva, como son, entre otras, la técnica de evaluación del impacto ambiental⁸ y la de internalización de los costes⁹.

El principio de prevención, antes de que se produjera la aprobación, en 1998, por la Comisión de Derecho Internacional, en primera lectura de su *Proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas*, se caracterizaba y encontraba sus propios límites jurídicos, en su indefinición, en su generalidad y, en definitiva, en su ausencia de concreción práctica. En efecto, la doctrina, de forma unánime, entendía que la obligación de prevenir era una obligación genérica de mero comportamiento, lo que significaba que dicha norma no exigía a los Estados la no producción del daño — que es en donde reside, a nuestro entender, el núcleo o el contenido del principio de prevención (que no de reparación) —, sino

que, se entendía, el Estado tan sólo debía haber utilizado todos los medios disponibles a su alcance para impedirlo. Debía obrar con la «diligencia debida», mas el problema era que ésta tenía un contenido sumamente indeterminado, lo que, al sentir de la doctrina, reclamaba una objetivización de la misma.

Pues bien, en nuestros días, y, de forma más exacta, desde que en 2001 se produjera la aprobación ya definitiva por la Comisión de Derecho Internacional de su *Proyecto de Preámbulo y de los 19 Proyectos de Artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, dicho principio de prevención se ha concretado en una obligación primaria y general de diligencia debida, plasmada en el artículo tercero de dicho *Proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas*, la cual articula a su vez o hace nacer toda una serie de obligaciones accesorias,

⁸ La acción preventiva puede llevarse a cabo de distintas formas: a través de la evaluación del impacto ambiental o mediante la internalización de los costes, fórmulas que han dado lugar a su vez a los denominados principios de «evaluación del impacto ambiental» y de «quien contamina paga». Por lo que toca a la relación entre el principio de prevención y el de evaluación del impacto ambiental, la acción preventiva tiene por finalidad evitar los daños ambientales, para lo que es necesario conocerlos anticipadamente, con el fin de poder adoptar las medidas adecuadas para que no se produzcan o aminoren sus efectos. Podemos decir que la evaluación del impacto ambiental es la máxima expresión de nuestro espíritu racionalista: nuestra pretensión de comprender y captar los efectos de nuestras conductas a pesar de nuestras graves lagunas de conocimiento sobre nuestro entorno. Presentada por la Declaración de Río en calidad de «instrumento nacional», podemos, por nuestra parte, argumentar que si bien se concreta en calidad de instrumento nacional, la evaluación del impacto ambiental ha cobrado entidad propia, mas no como principio autónomo, sino como una técnica o modalidad concreta de acción preventiva en el Proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, y, de forma concreta, en el artículo octavo.

Una cuestión distinta es la de saber si la evaluación del impacto ambiental es o no uno de los principios estructurales, ya no del Derecho internacional ambiental globalmente considerado, sino de Derecho internacional ambiental particular, como es, en concreto, el Derecho ambiental de la Unión Europea, en cuyo supuesto sí cobra dicho *status*, y lo hizo tras la penúltima revisión operada a los tratados instituyentes de las Comunidades Europeas y a la Unión Europea que efectuara el Tratado de Amsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999.

⁹ En cuanto a la relación entre el principio de prevención y el principio de «quien contamina paga», el principio de «quien contamina paga» admite varias interpretaciones. En una primera interpretación, representa una exigencia dirigida al contaminador para que asuma todas las consecuencias derivadas del daño ambiental. En esta primera acepción, este principio se traduce en la obligación de reparar todos los daños o perjuicios. En una segunda interpretación, no incompatible con la anterior sino complementaria, el principio pasa a tener una finalidad disuasiva más que restitutiva, por cuanto que la obligación de reposición actúa, o debería actuar, como incentivo negativo respecto de todos aquellos que pretendan realizar una conducta igualmente lesiva para con el medio ambiente. De acuerdo con una tercera interpretación, el principio de «quien contamina paga» lo que busca es una internalización de los costes ambientales, erigiéndose, en este tercer supuesto, en el modelo que más nos acerca al terreno de la economía.

Tras su introducción por la OCDE y por las Comunidades Europeas en 1986, el principio de «quien contamina paga» ha sido adoptado en algunos convenios internacionales; sin embargo, en un plano universal o general, entendemos que la aceptación generalizada del principio de «quien contamina paga» suscita todavía fuertes reticencias, razones que nos llevan a concluir que más que ante un principio estructural del Derecho internacional ambiental autónomo o distinto de la prevención, el principio de «quien contamina paga» es una modalidad concreta de acción preventiva y se subsume por tanto en el principio más general de prevención, desde la óptica del Derecho internacional del medio ambiente universalmente considerado.

concretas y plenamente objetivizadas, a cargo de los Estados, que son las que contiene el mencionado Proyecto de artículos.

B) *Los elementos definitorios del principio de precaución*

El principio de precaución se basa, como explican McIntyre y Mosedale¹⁰ en i) la vulnerabilidad del ambiente; ii) las limitaciones de la ciencias para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el medio ambiente y iii) la alternativa de procesos y productos menos dañosos¹¹.

Es, por tanto, en el contexto de *ausencia de verdad científica* en el que vivimos, sobre todo, desde la década de los ochenta (del siglo XX), donde emerge un nuevo modelo, ya no preventivo sino anticipativo, cuyo principio estructural es el principio de cautela o precaución, porque la

ausencia de verdad científica tiene que ceder el paso a lo que podemos denominar «relativismo socio-ambiental»¹², el cual se traduce en una conducta de cautela o de precaución. Ya que si no somos capaces de conocer, no debemos ser atrevidos en nuestros comportamientos, porque lo que sí sabemos es que los efectos de nuestras acciones pueden ser irreversibles. Por lo tanto el relativismo socio-ambiental conduce a la precaución en nuestras actividades con incidencia ambiental.

Nacido a mitad de la década de los ochenta en el *Vorsorgeprinzip* del Derecho alemán, e inscrito por primera vez en el Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982¹³, el principio de precaución fue recogido por la OCDE a partir de 1987 con ocasión de diversas Declaraciones ministeriales emitidas a lo largo de varias Conferencias internacionales para la Protección del Mar del Norte¹⁴, las cuales, como apunta Sadeleer «marquèrent réelle-

¹⁰ McIntyre, O.; Mosedale, Th.: «The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law», *Journal of Environmental Law*, vol. 9, 1997, n.º 2, pp. 220-241.

¹¹ Dicen en concreto McIntyre y Mosedale: (*ibidem*, p. 222).

«The precautionary approach is based upon an entirely new set of assumptions, including: the vulnerability of the environment; the limitations of science to accurately predict threats to the environment; and, the availability of alternative, less harmful processes and products».

¹² Utilizamos esta expresión a la que se refiere también A. Betancor Rodríguez en *Instituciones de Derecho ambiental*, Madrid, LA LEY, 2001.

¹³ Principio 11 de la CMN:

«Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular:

a) se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza;

b) 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, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales;

c) las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y se realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales».

(Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza cuyo texto puede consultarse en Juste Ruiz, J.: *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1999, p. 79, nota a pie de página n.º 158).

¹⁴ Así, en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del mar del Norte (en 1987) se precisó que «era necesario un planteamiento de precaución para proteger al Mar del Norte de los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias más peligrosas, y que este planteamiento podía exigir la adopción de medidas de control de las emisiones de dichas sustancias incluso antes de que formalmente se estableciera de modo científico una relación de causa a efecto».

En la Tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte, en 1990, se formuló una nueva Declaración ministerial que recogió la declaración anterior y establecía que «los gobiernos firmantes seguirían aplicando el principio de precaución, es decir, adoptando medidas para evitar los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias tóxicas, aunque no haya pruebas científicas de la existencia de una relación de causalidad entre las emisiones y los efectos».

Textos que extraemos del Anexo II «El principio de precaución en la legislación internacional» de la *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, COM (2000) 1 final, Bruselas, 2 de febrero de 2000.

ment le coup d'envoi»¹⁵ y no han dejado de extender su aplicación al ámbito de la contaminación de las aguas¹⁶, de los mares y del atmósfera¹⁷.

Formalizado, después, en el Principio 7 de la Declaración ministerial sobre el desarrollo sostenible adoptada en Bergen el 15 de mayo de 1990 por los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y el miembro de la Comisión Europea (de las entonces Comunidades Europeas) encargado del Medio Ambiente¹⁸, cuando realmente el principio de precaución se afianzó fue en el año 1992, culminando su consagración general en la Declaración de Río de 1992.

Sienta el Principio 15 de la Declaración de Río:

«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

Sin embargo, el camino hasta su consagración en el Principio 15 de la Declaración de Río fue complejo y lleno de matices. Estos matices podemos dibujarlos de la siguiente forma.

En su primera formulación convencional, esto es, en el *Convenio de Bamako de 30 de enero de 1991, concluido en el seno de la Organización de la Unidad Africana*¹⁹, el principio de precaución no exigía un riesgo grave e irreversible para el medio ambiente. Sin embargo, a partir de

Sobre los mismos, vid también: Martín Bidou, P.: «Le principe de precaution en droit international de l'environnement», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, 1999, n.º 3, pp. 632-665.

¹⁵ Sadeleer, N.: *Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de precaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*. Bruselas. Bruylant, 1999, pp. 138-139.

¹⁶ El *Convenio de Helsinki de Protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales*, hecho en Helsinki, de 17 de marzo de 1992 y ratificado por España por instrumento de 23 de julio de 1997 (BOE núm. 81, de 4 de abril de 2000) viene a confirmar la «normalidad» de la asunción, en el ámbito internacional del principio de precaución.

En el artículo 2.5 se incluye, entre los principios que han de regir las medidas que los Estados han de adoptar, el indicado principio de precaución. En su virtud:

«no se aplazarán las medidas para evitar el posible impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas so pretexto de que las investigaciones científicas no han demostrado plenamente una relación causal entre dichas sustancias, por un lado, y un posible impacto transfronterizo, por otro lado».

¹⁷ Por ejemplo, el Preámbulo del *Convenio de Viena de 1985 sobre la Protección de la capa de ozono* sienta al respecto:

«(...) Temiendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono, conscientes de que las medidas para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas requieren acción y cooperación internacionales y debieran basarse en las consideraciones científicas y técnicas pertinentes (...)».

(BOE, núm. 275, de 16 de noviembre de 1988).

Así como también el Preámbulo del *Protocolo de Montreal*, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 16 de septiembre de 1987, dice que:

«(...) Conscientes de que, en virtud del *Convenio*, tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que se derivan o pueden derivarse de actividades humanas que modifican o pueden modificar la capa de ozono (...)»

(BOE, núm. 65, de 17 de marzo de 1989; modificaciones en BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1989, y BOE núm. 51, de 28 de febrero de 1990).

¹⁸ Déclaration des ministres des États membres de la Commission des Nations Unies pour l'Europe et de la Commission pour l'environnement de la Communauté Européenne, mai 1990.

Article 7:

«En vue d'atteindre le développement durable, les politiques doivent se fonder sur le principe de precaution. Les mesures pour l'environnement doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de dégradation de l'environnement. En cas de risque de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement».

[Cuyo texto puede ser consultado en Martín-Bidou, P.: «Le principe de precaution en droit international de l'environnement», *op. cit.* (1999), p. 636].

¹⁹ El primer tratado internacional que consagró el principio de precaución fue el *Convenio de Bamako de 30 de enero de 1991*, concluido en el seno de la Organización de la Unidad Africana y que entró en vigor el 20 de marzo de 1996.

1992, y de forma más concreta, desde el 9 de mayo de 1992, por ser ésta la fecha de la adopción del *Convenio marco sobre el cambio climático*²⁰ se exige dicho requisito (art. 3).

En segundo término, el *Convenio marco sobre el cambio climático* introduce otra innovación: la de tomar en consideración el *coste económico de las medidas de precaución*.

Unas semanas después, el 5 de junio de 1992, otro Convenio internacional, el *Convenio sobre la diversidad biológica*, es abierto a la firma en Río de Janeiro²¹. Este convenio alude al principio de precaución en su Preámbulo²²; mas, aunque, como sostiene MARTIN-BIDOU, «ce texte est beaucoup plus timide que la Convention sur le climat en ce qui concerne le principe de précaution», lo cierto es que *hallamos en el mismo los elementos que integran o conforman el modelo anticipativo o precautorio*: «cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza».

En el año 2000, el *Protocolo sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización seguras de organismos vivos modificados derivados de la moderna biotecnología*²³, adoptado el 28 de enero de 2000, en la Conferencia de las Partes firmantes del *Convenio sobre Diversidad biológica*, ha sentado en su artículo 10.6 que:

«La falta de certeza científica debida a una insuficiente información científica pertinente y de conocimientos sobre los efectos potencialmente peligrosos de un organismo vivo modificado para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica de la Parte importadora, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a dicha Parte adoptar una decisión, según de que se trate, como se indica en el inciso b) del párrafo 3 del presente artículo, a fin de evitar o minimizar los efectos potencialmente peligrosos».

De todo lo visto entendemos que los elementos que vertebran el principio de precaución son: *la dimensión intertemporal, la falta de certidumbre científica absoluta del riesgo ecológico, pero con peligro de daño grave e irreversible y la adopción de medidas de precaución*.

El principio de precaución tiene, en primer lugar, una *dimensión intertemporal*, en el sentido de que *su dimensión va más allá de los problemas asociados a los riesgos a corto o a medio plazo, puesto que se refiere también a riesgos a largo plazo, los cuales, podrían incluso, afectar al bienestar de las generaciones futuras*. El principio de precaución se basa, en segundo lugar, en la *falta de certidumbre científica absoluta del riesgo ecológico*. Puesto que como venimos sosteniendo, si el riesgo es probable que se produzca, no debe aplicarse el principio de precaución, sino el de prevención. El principio de precaución debe limitarse, en tercer lugar, a riesgos no de cualquier naturaleza, sino a los *graves e irreversibles*. El principio de precaución exige, en cuarto lugar, seguir un *modelo anticipativo*, es decir, actuar sobre la base de medidas de precaución, pero «en función de los costos» y «conforme a sus capacidades».

Por lo que toca a los costos, entendemos que deberá haber una combinación de medidas con diferentes costos, las cuales deberán ser utilizadas de un *modo progresivo* en atención a la gravedad del riesgo o del daño y sobre la base de los mejores conocimientos disponibles del problema. En consecuencia, *la gravedad del riesgo, particularmente, el daño ambiental irreversible o serio podría justificar la adopción de las medidas más estrictas, las cuales pueden implicar incluso la paralización o la no autorización de una determinada actividad*.

En lo que respecta a la expresión «conforme a sus capacidades», ésta debe ser interpretada, como apuntan González Campos, Sán-

²⁰ El Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático fue adoptado el 9 de mayo de 1992, ha sido firmado por más de 153 Estados y la Comunidad Económica Europea (hoy Comunidad Europea) y entró en vigor el 21 de marzo de 1994.

²¹ El Convenio sobre diversidad biológica entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

²² Dice el Preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica:

«(...) Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza» (...).

²³ Vid. Anexo II «El principio de precaución en la legislación internacional» de la *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*. COM (2000) 1 final, Bruselas, 2 de febrero de 2000.

chez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría. «de forma menos estricta respecto de los países en desarrollo porque éste es un ámbito en el que se aplica el principio de la responsabilidad compartida, pero diferenciada»⁷⁴.

C) *El status del principio de precaución en Derecho internacional del medio ambiente*

Una vez definidos los elementos que vertebran el principio de precaución surge de forma inevitable el siguiente interrogante: ¿tiene el principio de precaución en el actual Derecho internacional ambiental un *status* plenamente consolidado o estamos todavía ante un principio emergente?

Entendemos, por nuestra parte, que estamos todavía ante un principio emergente y no plenamente consolidado. Para formular dicha aseveración nos apoyamos en el siguiente razonamiento: debemos utilizar las mismas comprobaciones que nos llevaron a contrario a defender el principio de prevención, a saber, la doctrina del Tribunal Internacional de Justicia y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional tendentes a codificar la llamada responsabilidad por riesgo o por actos no prohibidos por el Derecho Internacional. Por lo que toca a la doctrina del Tribunal Internacional de Justicia, éste ha sido interrogado sobre el principio de precaución en dos ocasiones: primero, en el caso de las Pruebas Nucleares II⁷⁵; después en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*⁷⁶. Si en el primer caso, Nueva Zelanda alegó que Francia debía, en aplicación del principio de precaución, abstenerse de efectuar cualquier ensayo nuclear subterráneo en tanto en cuanto no demostrara su inocuidad, mas el T.I.J. declinó su jurisdicción, basándose en que se trataba de pruebas subterráneas en lugar de atmosféricas como en 1974, por Sentencia de 25 de septiembre de 1997, recaída en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*, el Tribunal In-

ternacional de Justicia rechazó la pretensión de Hungría de dar por terminado el tratado sobre la base de un «estado de necesidad ecológico», basado en unos riesgos ambientales no detectados en el momento de su conclusión. Y, por lo que toca al *Proyecto de Preámbulo y de los 19 Proyectos de Artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, aprobado de forma definitiva por la Comisión de Derecho Internacional, en 2001, al estar dedicado *expressis verbis* a la prevención, es cierto que incorpora, de forma implícita, en algunos artículos, el principio de precaución, pero no lo hace nunca de manera expresa, lo que nos impide considerarlo de manera autónoma, respecto de la prevención.

D) *La distinción y articulación jurídicas de los principios de prevención y de precaución*

Hemos visto cómo el principio de prevención se distingue del principio de precaución en función del *conocimiento científico del riesgo*. Mas ¿podemos sostener que la precaución o cautela supone una fase superior o más avanzada que la prevención desde una perspectiva estrictamente jurídica?

Entendemos que con el fin de dar respuesta a este interrogante, debemos partir de las siguientes consideraciones.

Primo: arrancar de la propia distinción entre prevención y precaución.

La prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es li-

⁷⁴ González Campos, J.D.; Sánchez Rodríguez, L.I.; Andrés Sáenz de Santamaría, P.: *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 798.

⁷⁵ *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, Ordonnance du 22 septembre 1995, Rec. 1995, p. 288.

⁷⁶ T.I.J., sentencia de 25 de septiembre de 1997, *affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros, (Hongrie c/Slovaquie)*, Rec. 1997, p. 4.

mitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos. En consecuencia, no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar los riesgos de daños, porque éstos no pueden ser conocidos en su exactitud.

Secundo: es necesario situar el principio de precaución en el actual clima de relativismo del conocimiento científico en el que vivimos, el cual nos está llevando a cuestionarnos acerca de nuestra propia capacidad de prevención, mas entendida ésta desde una perspectiva dinámica o activa, es decir, tras haber agotado incluso las medidas constitutivas de lo que hemos denominado las acciones preventivas.

Tertio: una vez admitidos los límites de la Ciencia e incluso la incapacidad de los científicos para prevenir activamente ¿no se torna acaso dicha incapacidad en una duda *paralizante* susceptible de impedir el desarrollo normal de las actividades humanas.? ¿Podemos los juristas exigir una *prueba diabólica* por ser imposible? Porque ¿cómo probar que una actividad o una acción no es susceptible de causar daños al medio ambiente? Y ¿cómo probar que no existe riesgo de daños irreversibles al medio ambiente?

Estas consideraciones son las que nos llevar a afirmar que el principio de cautela o precaución con ser importante, no puede ser ensalzado o cuando menos entendido como una fase superior o más avanzada que la prevención desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino que debemos *circunscribirlo por completo a los riesgos de daños ambientales muy significativos o importantes o, más estrictamente, a los irreversibles*, luego, como un principio, no tanto superior, más avanzado e incluso sustitutivo del principio de prevención, sino complementario (y por tanto, actuante en su ámbito propio de aplicación) del principio de prevención.

Y éste es, a nuestro entender, el auténtico sentido del Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo:

«con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

3. Parte Segunda. El principio de precaución desde el ángulo de los principios estructurales del Derecho de la Unión Europea

A) El principio de precaución como uno de los principios jurídicos que informan el principio estructural de la protección ambiental en el Derecho de la Unión Europea

En su versión originaria, los tratados instituyentes de las Comunidades Europeas (Tratado de París de 1951 y Tratado de Roma de 1957) no contenían disposición específica alguna sobre la protección del medio ambiente, hecho por otra parte que no debe causar asombro si tomamos en consideración dos datos, uno anejo a la propia protección ambiental, en el sentido de como señala Thieffry «l'intégration des marchés constituait l'oeuvre fondamentale de la Communauté, à laquelle la protection de l'environnement était largement étrangère»²⁷, y, otro, intrínseco a dicha protección y al propio Derecho ambiental, cual es que ambos no arrancaron de forma definitiva hasta la década de los setenta del siglo XX, luego, cuando ya habían nacido y funcionaban dichas Comunidades Europeas.

La Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972 (DEMH), adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972²⁸, al tener la extraordinaria importancia —subrayada por Kiss y Shelton²⁹— de que situó en un plano global tanto el problema de la protección del medio ambiente como los métodos

²⁷ Thieffry, P.: «Politique communautaire de l'environnement», *Juris-Classeur Europe*, fasc. 1900, juillet 2000, p. 2.

²⁸ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972, *op. cit.*

²⁹ Kiss, A., Shelton, D.: *International Environmental Law*, Nueva York y Londres, 1991, pp. 41-42.

para solucionarlo y, al ser, como sostiene Fernández de Casadevante y Romani³⁰, a partir de la misma cuando la protección del medio ambiente se convirtió en uno de los objetivos principales del ordenamiento jurídico internacional y, también, en una de sus funciones esenciales, proyectó su influjo en el ya iniciado proceso de construcción europea, presentando la Comisión de las Comunidades Europeas su primera Comunicación a los Jefes de Estado y de Gobierno, la cual dio lugar a la *Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa al (primer) Programa de acción de las Comunidades Europeas sobre Medio Ambiente*³¹. Mas la ausencia de una competencia de atribución expresa en los Tratados tan sólo permitió lo que Romi calificó como una «construction d'un droit par racocoe et par défaut»³², hallando únicamente las Instituciones bases jurídicas indirectas, contestadas en muchas ocasiones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo que llevó de forma inexorable a que, con ocasión de la primera revisión en forma solemne a los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas, éstas se dotaran finalmente de una competencia *expresa* para afrontar el deterioro de la Naturaleza.

La política y la protección ambiental se recogieron por primera vez en los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas como consecuencia de la primera revisión en forma solemne operada a éstos por el Acta Única Europea, en vigor el 1 de julio de 1987, Acta que

supuso la introducción en el Tratado de la entonces todavía denominada Comunidad Económica Europea de un nuevo Título VII sobre Medio Ambiente (antiguos artículos 130 R, 130 S y 130 T). A partir del 1 de noviembre de 1993, el Tratado de la Unión Europea –segunda revisión solemne–, y desde el 1 de mayo de 1999, el Tratado de Amsterdam –tercera revisión– consolidaron y ampliaron dicha «cuasi-constitucionalización», lo que nos lleva a afirmar que desde 1999 la Unión Europea ha procedido no sólo a verdear el Tratado³³, sino que, además, la protección del medio ambiente se ha convertido en uno de los principios estructurales o constitucionales de la Unión Europea³⁴, lo que le ha permitido ya en sus relaciones internacionales actuar como auténtico líder en la batalla de dicha protección, como hemos podido ver, por ejemplo, a lo largo de las sucesivas Cumbres sobre el Cambio Climático tendientes a aplicar el Protocolo de Kioto, es decir, durante esa tan difícil y compleja «continuidad del proceso normativo»³⁵ que emprendiera la Comunidad internacional en el año 1992 para luchar contra el cambio climático³⁶, o como vimos en 2002 en la Cumbre mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, celebrada en septiembre y octubre de 2002³⁷.

El Tratado de Niza, cuarta revisión en forma solemne a los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas y de la actual Unión Europea en vigor desde el 1 de febrero de 2003, sigue el rumbo trazado por el Tratado de Amsterdam, e introduce tan sólo una modificación en el apartado segundo del artículo 175

³⁰ Fernández de Casadevante y Romani, C.: *La protección del Medio Ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, p. 24.

³¹ JOC 122, de 20-12-1973.

³² Romi, R.: *L'Europe et la protection de l'environnement*, París, LITEC, 1990, p. 2.

³³ L. Hancker utilizaba ya esta expresión «a greening of the Treaty», en «Towards a European Common Feature», *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol.V, book 1, pp. 151-222.

³⁴ Jiménez de Parga y Maseda, P.: «El Tratado de Amsterdam y el Medio Ambiente. La cuasi-constitucionalización por la Unión Europea de los principios del Derecho internacional ambiental», *Revista de Gestión Ambiental*, n.º 5, mayo de 1999, pp. 1-12.

³⁵ Justo Ruiz, J.: *Derecho internacional del Medio Ambiente*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 58.

³⁶ *Vid. de forma muy particular*: Cbuca Sancho, A.: *Cambio climático y Derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo 2000.

³⁷ *Vid.* Jiménez de Parga y Maseda, P.: «La Conferencia de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002: algunas reflexiones», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, noviembre de 2002, pp. 1-8.

TCE, mas respeta el espíritu, los principios, parámetros, objetivos y bases jurídicas contenidos en aquéllos, en concreto, en el Título XIX dedicado de forma expresa y única al Medio Ambiente: arts. 174, 175 y 176 TCE.

El artículo 174 TCE en su primer apartado enumera los siguientes objetivos que la política de la Comunidad Europea en el ámbito del medio ambiente «contribuirá a alcanzar»: i) la conservación, la protección y la 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.

El apartado segundo del art. 174 TCE enuncia los principios de la Política ambiental de la Comunidad Europea. Entre éstos arranca el principio de la protección elevada y adecuada; para que el mismo pueda hacerse realidad, la política ambiental debe responder al principio de cautela y acción preventiva porque la mejor manera de proteger la Naturaleza es evitando que el daño, ataque o atentado ambiental se produzca. Mas en caso de que éste se produjese, lo que no es precisamente hipotético como fácilmente puede acreditarse a la vista del estado de nuestros recursos naturales, actúa el siguiente principio, el de la corrección: todo ataque debe ser corregido y, además, en la fuente misma. Por último, una manera de corregir el atentado es a través del pago por parte de los responsables de su producción, de una cantidad equivalente al mismo daño. Este principio está vinculado a la corrección de los atentados pero también debe servir para la protección de los recursos, al menos, pro futuro. Esto significa que el pago debe tener una finalidad reparadora pero también disuasora del ataque o del daño.

Estos principios tienen en común que se refieren a los ataques ambientales: el primero porque es el principio de protección frente a los ataques ambientales; el segundo porque tiene por finalidad evitar tales ataques; el tercero porque su contenido se refiere a la corrección de tales ataques; y, el último, exigir el pago de una cantidad como consecuencia de haberse consumado el ataque. Dicha conexión nos permite formular una ordenación circular de los principios, muestra elocuente de su interrelación pero basada, no lo olvidemos, en la pri-

macía del principio de la protección elevada y adecuada, por su evidente conexión con el objetivo estratégico de la Comunidad Europea y de su política que es el de la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente.

Es más: entendemos que el orden de estos principios no es accidental; expresan deliberadamente una suerte de preferencia escalar que va del primero al último: porque es mejor proteger con un grado incluso elevado que, por ejemplo, pagar por contaminar; porque es más importante impedir el daño, que una vez producido, pagar por el perjuicio causado.

Inclinándose la Política ambiental ya desde la propia definición de sus principios por la prevención y cautela frente a posibles ataques ambientales, entendemos que otra dimensión importante de aquélla es la de que, tal y como advierte el artículo 6 TCE, las exigencias del medio ambiente deben «integrarse en la definición y en la realización de (todas) las políticas y acciones de la Comunidad (...) con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

B) *La definición comunitaria del principio de precaución: la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, Virginiamicina*

En la Sentencia *Virginiamicina*, el Tribunal de Primera Instancia define los conceptos de riesgo y de peligro y creemos que con esta doctrina, se produce una perfecta sintonía entre el subsistema comunitario regional y el sistema jurídico internacional universal.

En efecto, según el Tribunal de Primera Instancia «el concepto de riesgo corresponde a una función de probabilidad de que la utilización de un producto o de un procedimiento produzca efectos perjudiciales para el bien protegido por el Ordenamiento jurídico», mientras que «el concepto de peligro se utiliza normalmente en un sentido más amplio y describe todo producto o procedimiento que pueda tener efectos perjudiciales para la salud humana» (FJ 147).

En cuanto a la aplicación del principio de precaución, el Tribunal de Primera Instancia establece que debe producirse «por definición en un contexto de incertidumbre científica», por lo que «no cabe exigir que la evaluación de riesgos

aporte obligatoriamente a las Instituciones comunitarias pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara» (FJ 143); así, «sólo puede 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 científicos disponibles en el momento en que se adopta la medida» (FJ 144).

Y decimos que se produce una perfecta sintonía entre el subsistema comunitario regional y el sistema jurídico internacional universal, porque coinciden en ambos niveles los elementos definitorios del principio de precaución, como son: *la dimensión intertemporal, la falta de certidumbre científica absoluta del riesgo ecológico, pero con peligro de daño grave e irreversible y la adopción de medidas de precaución.*

C) *La aplicación por las Instituciones de la Unión Europea del principio de precaución a otros ámbitos: el ejemplo de la legislación alimentaria*

Como sostiene González Vaqué³⁸, tras una década marcada por diversas crisis alimentarias (la crisis de las «vacas locas», la de los «pollos belgas» contaminados con dioxina, el escándalo de los pollos ecológicos alemanes...) y tras las consultas y los debates propiciados por un primer *Libro Verde sobre los principios generales de la legislación alimentaria en la Unión Europea* de 30 de abril de 1997³⁹ y por un segundo *Libro Blanco sobre seguridad alimentaria* de 12 de enero de 2000⁴⁰, las Instituciones de la Unión Europea, en concreto, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión, han adoptado el *Reglamento (CE) n.º 178/2002 de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requi-*

*sitos generales de la legislación alimentaria*⁴¹, en cuyo artículo séptimo se consagra el principio de cautela o precaución frente a riesgos muy importantes para la salud humana, en ausencia de certeza científica absoluta.

Reza dicho artículo 7:

«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.

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 exhaustiva».

III. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, hemos tratado de descentrañar el contenido jurídico del principio de precaución en Derecho internacional público, tanto desde una perspectiva universal como desde otra de tipo particular. Y lo hemos hecho desde distintos planos: desde el del conjunto de los principios estructurales del Derecho internacional del medio ambiente, desde el del examen de su contenido,

³⁸ González Vaqué, L.: «La definición del contenido y ámbito de aplicación del principio de precaución en el Derecho comunitario», *Caceta Jurídica de la UE*, n.º 221, septiembre/octubre 2002, pp. 4-20.

³⁹ Doc. CoM (97) 176 final de 30 de abril de 1997.

⁴⁰ Doc COM (1999) 719 final, de 12 de enero de 2000.

⁴¹ DO n.º L de 1 de febrero de 2002, p. 1.

desde el de su *status* jurídico tanto a escala universal como regional comunitaria, desde el de su compatibilidad, similitud y diferencias (jurídicas) con el principio de prevención y desde el de su aplicación por parte de una Organización internacional regional como son las Comunidades Europeas/Unión Europea.

Analizado en lo que nos han parecido sus componentes esenciales, la cuestión que se nos plantea en este momento de balance es la siguiente: ¿estamos en presencia de un prin-

cipio estructural de alcance universal que como tal pretende irradiar todo el ordenamiento jurídico? Por nuestra parte, creemos que si se entiende y concreta el principio de precaución en su verdadero significado, esto es, como complementario mas no sustituto del principio de prevención, sino regulando riesgos muy significativos o importantes o, más estrictamente, los irreversibles, entonces creemos que sí lo es, y lo es tanto en un plano universal como en otro (u otros) de tipo particular.

5. Bibliografía

A) Sobre el principio de precaución desde una perspectiva universal

- AGIUS, E.; BUSUTTIL, S.; KIM, T.-Ch. y YAZAKI, K. (eds.) (1998): *Future Generations and International Law. Proceedings of the International Experts' Meeting held by the Future Generations Programme at the Foundation for International Studies. University of Malta, in collaboration with the Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD), University of London: the Future Generations Alliance Foundation, Japan; and the Ministry for the Environment, Malta, London, Earthscan Publications Ltd.*
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2001): *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, LA LEY.
- CALDWELL, L.K. (1996): *International Environmental Policy. From the Twentieth to the Twenty-first Century*. 3.^a ed., Durham, North Carolina, Duke University Press.
- CHUECA SANCHO, A. (2002): *Cambio climático y Derecho internacional*, Zaragoza, Fundación Ecología y Desarrollo.
- KISS, A.Ch., y SHELTON, D. (2000): *International Environmental Law*, 2.^a edición, Nueva York, Transactional Publishers.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, C. (1991): *La protección del Medio Ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. (2001): *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, Ecoiuris/LA I.FY.
- (2002): «La Conferencia de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002: algunas reflexiones», *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, noviembre, pp. 1-8.
- (2001): «Capítulo VII: Reglas y Principios estructurales de carácter internacional: cánón de civilización ecológica», en Betancor Rodríguez, A.: *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, LA LEY, pp. 311-339.
- JUSTE RUIZ, J. (1999): *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, Mc Graw-Hill.
- MARTIN-BIDOU, P. (1999): «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, n.º 3, pp. 632-665.
- SADELEER, N. (1999): *Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant.
- SAND, P.H. (1999): *Transnational Environmental Law: lessons in global change*, The Hague/ Boston, Kluwer Law International.

B) Sobre el principio de precaución desde una perspectiva regional europea

- KISS, A.Ch. y SHELTON, D. (1997): *Manual of European Environmental Law*, 2.^a ed., Cambridge/ New York, University Press.
- GONZALEZ VAQUE, L. (2002): «La definición del contenido y ámbito de aplicación del principio de precaución en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la UE*, n.º 221, septiembre/octubre 2002, pp. 4-20.

- CLIFT, J. y GRUBB, M. (eds) (2000): *Climate Change and European Leadership. A sustainable Role for Europe?*. Dordrecht/Boston/London. Kluwer Academic Publishers.
- JIMÉNEZ DE PARCA Y MASEDA, P. (2001): «Capítulo VIII: La Constitución Ecológica Europea: la «constitucionalización» del medio ambiente y de la Política ambiental en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», en Betancor Rodríguez, A.: *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, LA LEY, pp. 341-367.
- (1999): «El Tratado de Amsterdam y el Medio Ambiente. La cuasi-constitucionalización por la Unión Europea de los principios del Derecho internacional ambiental», *Revista de Gestión Ambiental*, n.º 5, mayo, pp. 1-12.
- ROMERO MLLCHOR, S. (2003): «La sentencia «Artegoda» del Tribunal de Primera Instancia: el principio de precaución en cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 223, enero-febrero, pp. 42-58.
- TUFFERY, P. (2002): «Politique communautaire de l'environnement», *Juris Classeur Europe*, fasc. 1900, juillet.