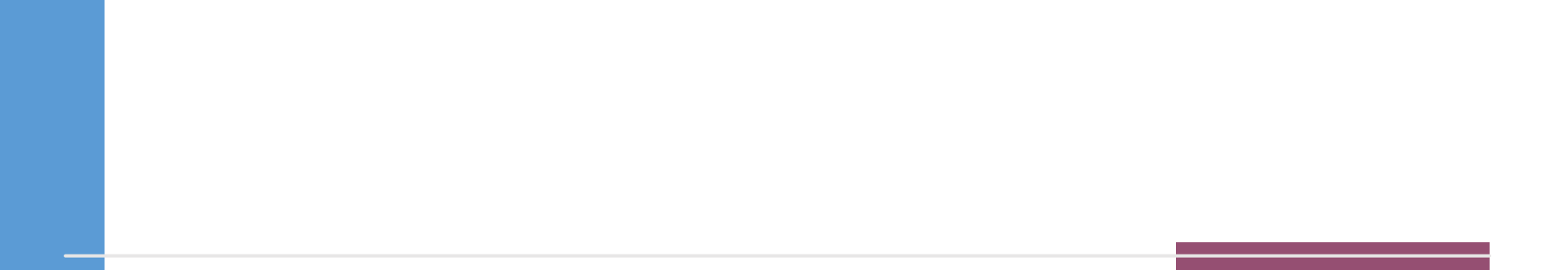


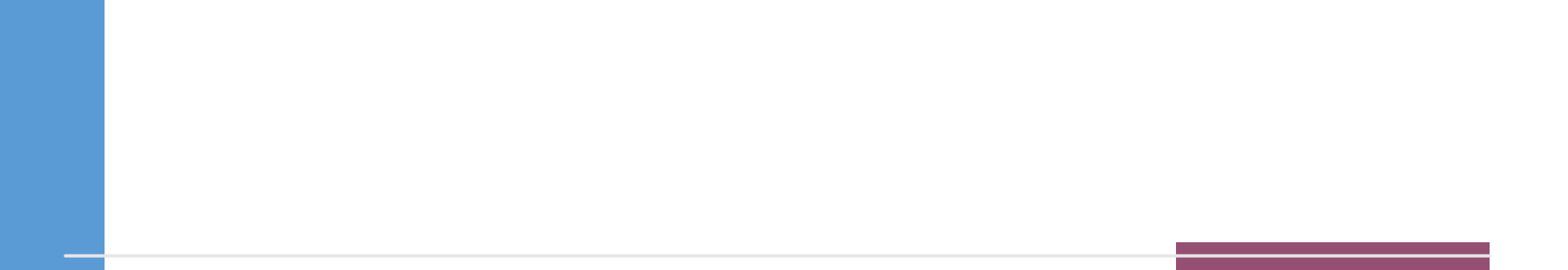


El principio precautorio

Aída Kemelmajer de Carlucci
Rosario 2014.

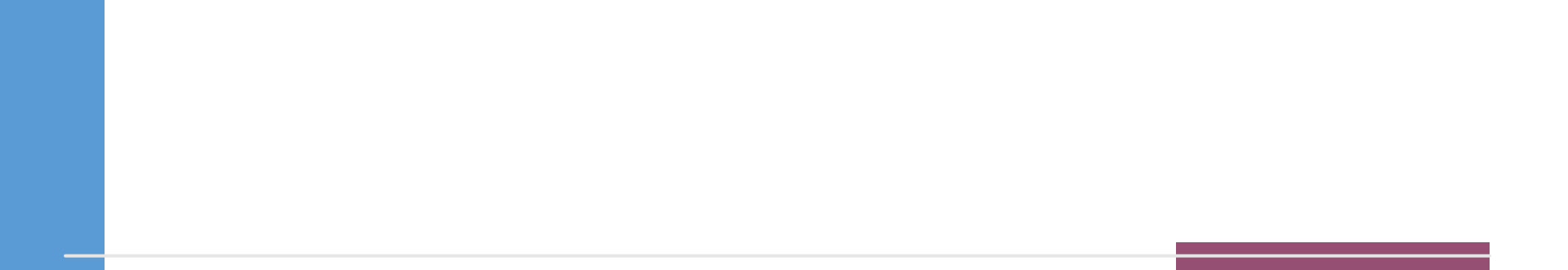
- “De algún modo, la técnica reside en el proceso de transformación de la naturaleza; pero ese proceso genera riesgos que no son los peligros de la naturaleza que la técnica conjura, sino los que la misma técnica origina; o sea, riesgos tecnológicos. Se trata, por lo tanto, de riesgos que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que son debidos, precisamente, a una acción del hombre que va precedida de una decisión, de la que se puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre sus posibles efectos, pero decisión humana al fin” (Ortega y Gasset).

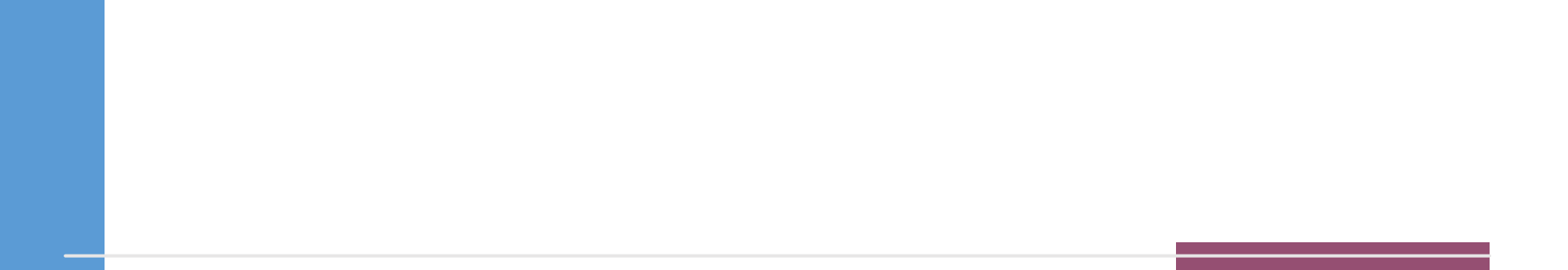
- 
- Ilya Prigogine (premio Nobel de química), escribe un libro titulado “El final de las certidumbres” (1996, edición española).
 - Sociólogos y juristas debaten sobre el impacto social de la tecnología moderna y el paso de los riesgos individuales a la llamada “*Sociedad del riesgo*” (Ulrich Beck).

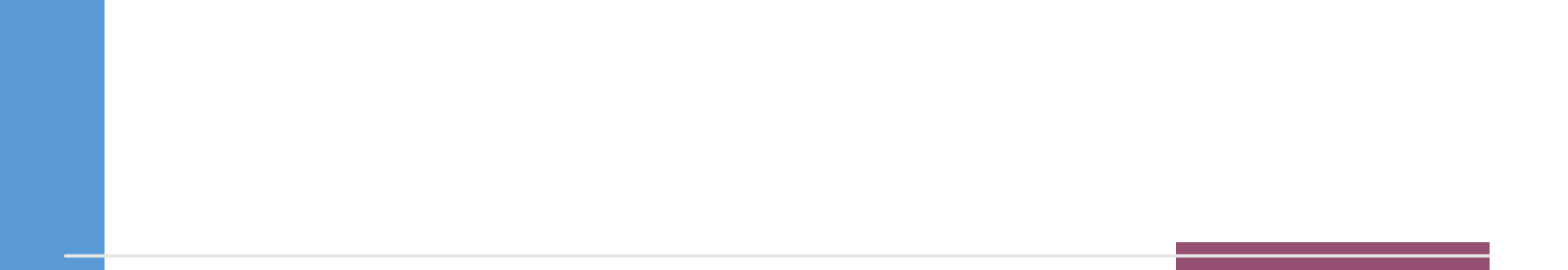
- 
- La *sociedad de riesgos*, nuevo paradigma, o sea, nueva dimensión en la comprensión de la sociedad.
 - Los riesgos no son un invento de nuestros tiempos. Colón partió para descubrir nuevos países y continentes y aceptó riesgos.
 - Cual es la diferencia?

- Eran riesgos *personales*, no situaciones globales de amenazas generales.
- En la sociedad *tradicional* el riesgo es *individual*;
- en la *industrial* es *colectivo*;
- en la *sociedad de riesgos*, los riesgos son *generalizados*, tanto en su origen (puesto que el riesgo se debe a la suma de las acciones individuales de muchos individuos), como en sus efectos, que también son colectivos.

- “La posibilidad de determinar el riesgo sobre la base de cálculos de probabilidad cede su lugar a la presencia de un riesgo indetectable cuya concreción socava las bases de un universo armado sobre el pilar de una seguridad *predecible*”; o sea, “los *riesgos calculables* han sido sustituidos por *peligros incontrolables*”.

- 
- Críticos de Beck
 - Los riesgos globales también existieron en el pasado; algunas civilizaciones se suicidaron ecológicamente; tales “ecocidios” fueron provocados por la deforestación, la erosión del suelo o su salinización, caza o pesca excesiva, introducción de especies alógenas en la fauna o flora autóctona o incluso la explosión demográfica

- 
- Bergel:
 - “¿Cómo afrontar las consecuencias del calentamiento global que ya ha dejado de ser una hipótesis de estudio para convertirse en una dramática realidad?”
 - ¿Cómo imaginar los riesgos que importa la aplicación de las técnicas de ingeniería genética en el hombre?
 - ¿Cómo prever las consecuencias del futuro que puede traer el cultivo indiscriminado de variedades transgénicas?”



¿Hay que aplicar siempre la sabiduría popular y decir “*Better safe than sorry*”?



Concepto. Dificultad

- ***Instrumento*** de gestión de riesgos que se utiliza en una situación de ***incertidumbre científica*** y que expresa una ***exigencia de actuar frente a un riesgo potencialmente grave***, sin que sea necesario esperar los resultados de la investigación científica.

- *Actitud* que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede *razonablemente esperar 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” (VINEY, Geneviève)

COMEST

- “Cuando las actividades humanas corren el riesgo de conducir a un daño ***moralmente inaceptable*** que es ***científicamente plausible*** pero ***incierto***, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir ese daño.
-
- Daño o lesión moralmente inaceptable es un daño a las personas o el ambiente que es:



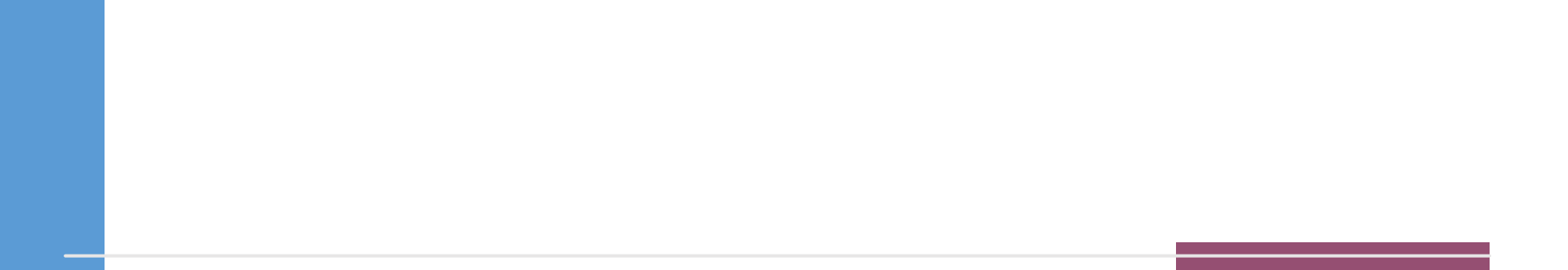
- Amenazante de la **vida** o la **salud humana**, **o**
- **Grave y realmente irreversible**, **o**
- **Inequitativo para las generaciones presentes o futuras** **o**
- Impuesto **sin que se hayan tenido debidamente en consideración los derechos humanos de quienes afecta.**
- El juicio de plausibilidad debe fundarse en **análisis científicos**. Este análisis debe ser **permanente** de modo que las medidas elegidas estén siempre sometidas a revisión.

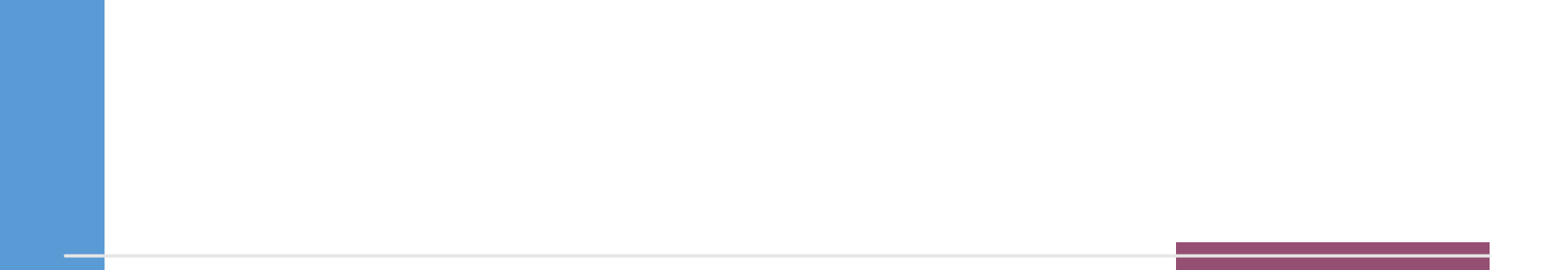


- La incertidumbre puede llevar, pero no se limita necesariamente, a la causalidad o a los límites del daño posible.
- Las acciones son intervenciones que se toman **antes** que el daño ocurra y persiguen evitarlo o disminuirlo. Las acciones elegidas deben ser **proporcionales** a la gravedad del daño potencial, tener en consideración todas las consecuencias positivas y negativas, y evaluar las implicancias morales **tanto de la acción como de la omisión**. La elección de la acción debe ser el resultado de un proceso participativo”.

■ Breve conclusión provisoria

- El PP tiene naturaleza compleja, en tanto se encuentran imbricadas cuestiones científicas, económicas, sociales, culturales, éticas, todas las cuales requieren actuar con eficiencia y con soporte jurídico.

- 
- ***Éticamente***, el PP se basa en la convicción de que a veces, nuestra ignorancia puede hacernos moralmente culpables. Parte de la base de que el hombre de ciencia debe buscar activamente información, y en esa búsqueda no debe tener una perspectiva estrecha.

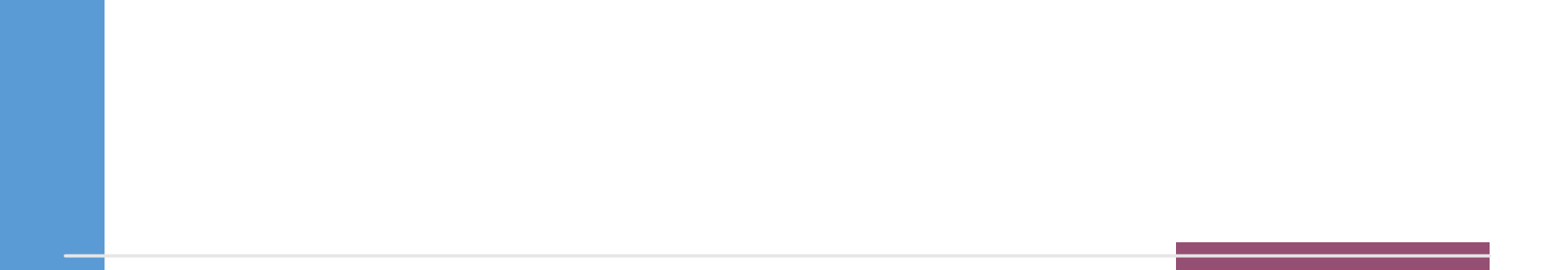
- 
- Los atentados deben evitarse **antes** de que se produzcan; en este sentido, el PP implica la **detección precoz** de todo peligro para el ambiente mediante una investigación multicomprendensiva y sincronizada que preste una especial atención a las relaciones causa-efecto

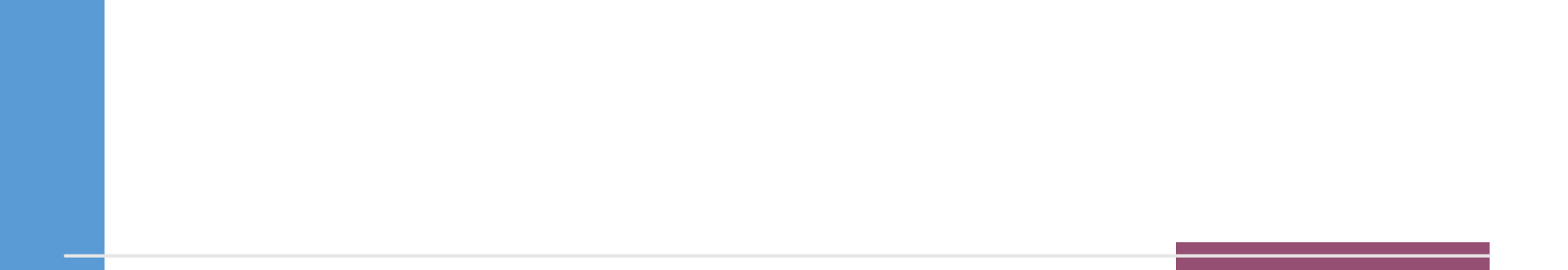
Naturaleza jurídica

- **Principio general, fuente de obligaciones**
- **0**
- **Regla, guía.**

Derecho ambiental argentino

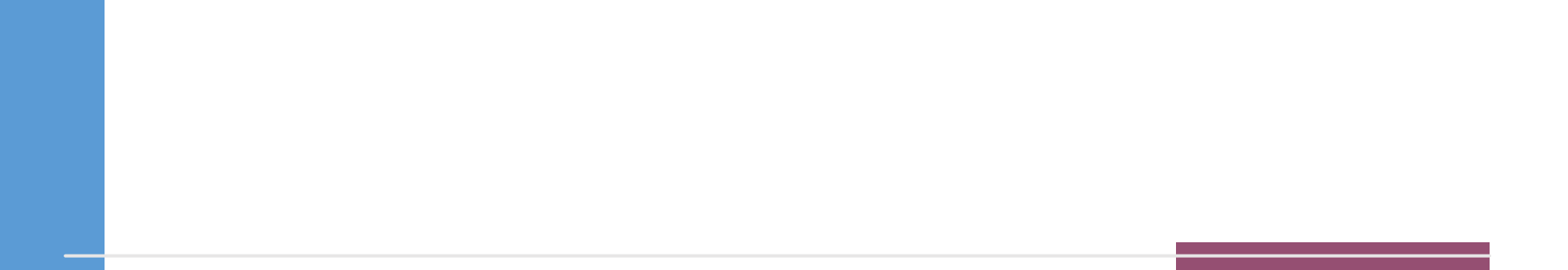
- 4 de la Ley 25.675.
- **“Principios de la Política Ambiental.** La interpretación y aplicación de la *presente ley, y de toda otra norma* a través de la cual se ejecute la política Ambiental, **estarán sujetas** al cumplimiento de los siguientes principios:.....

- 
- **Principio de prevención:** Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de **prevenir** los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

- 
- **Principio precautorio:** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.



Prevención y precaución



- 
- La prevención y la precaución constituyen dos funciones distintas, con un denominador común: necesidad de actuar antes de la producción de un daño. Se diferencian por responder a dos racionalidades distintas y actúan sobre distintos tipos de riesgos.
 - Al riesgo *verificado* corresponde la *prevención*.
 - Al riesgo *potencial*, la *precaución*.

Prevención

- El *riesgo cierto* es suficiente para describir la prevención; implica que la peligrosidad de la cosa o de la actividad es conocida; se ignora sobre si el daño se producirá en un caso concreto, pero el riesgo es *actual*.
- Asunto sólo de *expertos*

Precaución

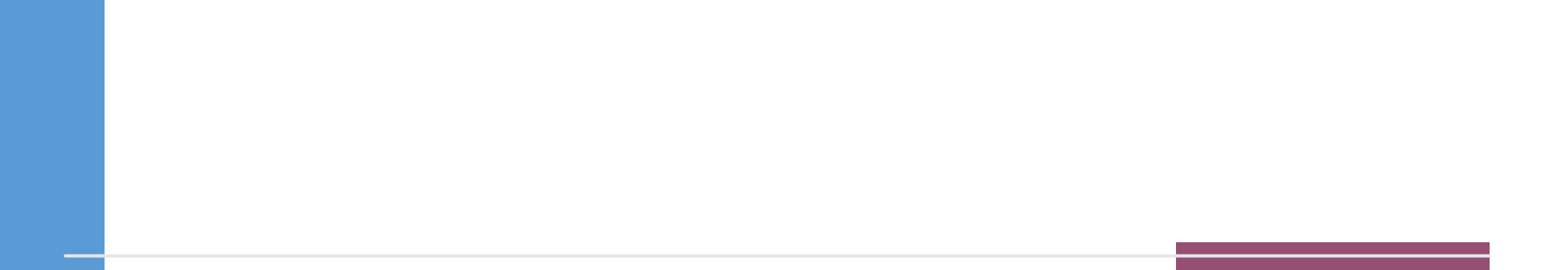
- Insuficiencia de los conocimientos científicos para dar respuesta.
- El *riesgo* (no solo el daño) no es actual sino *potencial*
- Cuestión política, de la *sociedad*, que requiere base en los expertos

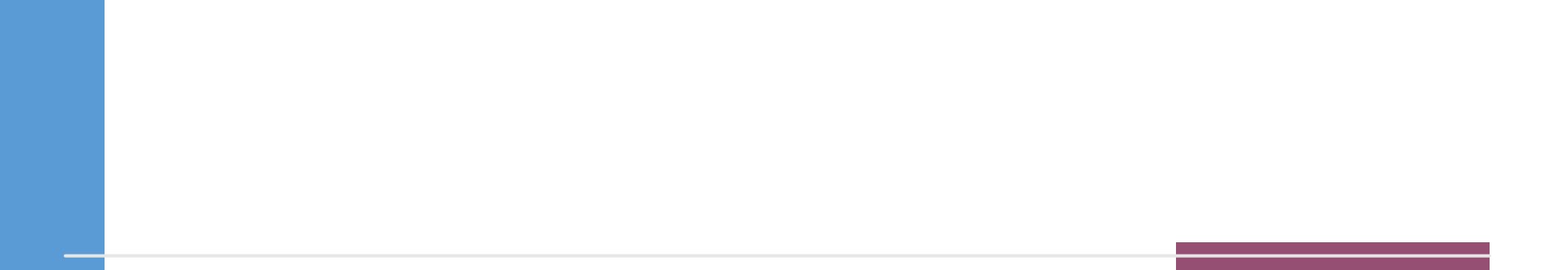
- 
- 
- **Requisitos para la configuración del PP y para la aplicación de medidas.**

- (a) **Incertidumbre científica**, o sea, existencia de sospechas científicamente fundadas; el mero temor existente en el imaginario colectivo es insuficiente.
- La situación de riesgo ha sido previamente *evaluada a través de métodos científicos, por expertos independientes.*
- **Primera dificultad**



- (b) La aplicación de medidas fundadas en la noción de precaución implica la perspectiva de un **daño *grave o irreversible***, aunque sea a largo plazo. Sólo así se justifica tomar medidas restrictivas de las actividades económicas generadoras de riqueza.



- 
- La precaución, igual que otros principios éticos (como el de la dignidad, la equidad, la justicia), necesita ser interpretada y especificada caso por caso, y sufre variantes según la información disponible.

- 
- (c) Las medidas que se tomen deben respetar el principio de ***proporcionalidad***. En este tema, como en tantos otros, el principio de proporcionalidad obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

- (d) Las medidas deben ser tomadas respetando el principio de *transparencia*. El carácter transparente impide que el principio de precaución se convierta en una barrera burocrática que se cierra ante algunas empresas y se abre para otras; las medidas no deben resultar *discriminatorias* en su aplicación.

- 
-
- 
- e) son medidas ***sujetas a revisión***, conforme se vayan adquiriendo nuevos conocimientos.



Principales posiciones

- **a) Posición radical o formulación fuerte:**
muy amiga. Aplicación amplia.

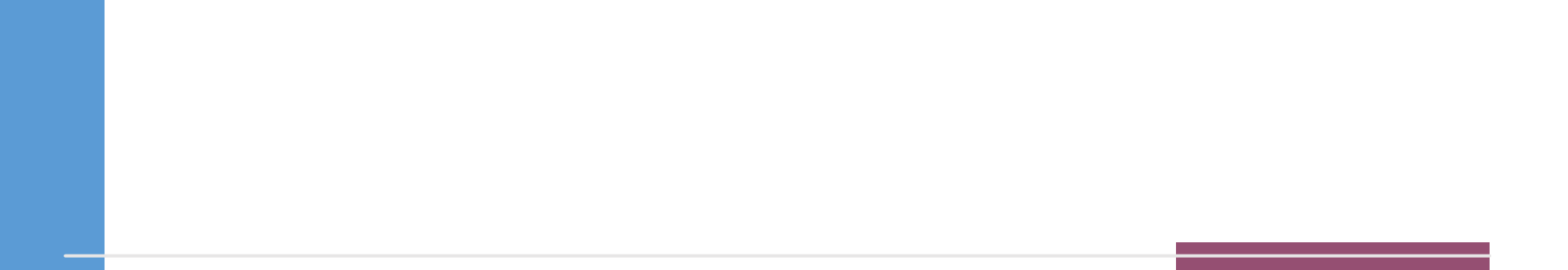
-
- A) El PP tiene por objetivo alcanzar el “riesgo cero”;
 - (B) Provoca una inversión del *onus probandi*;
 - (C) Ante la menor sospecha de riesgo, impone una moratoria o una abstención definitiva;
 - (D) Rechaza limitaciones ligadas con los costos económicos.

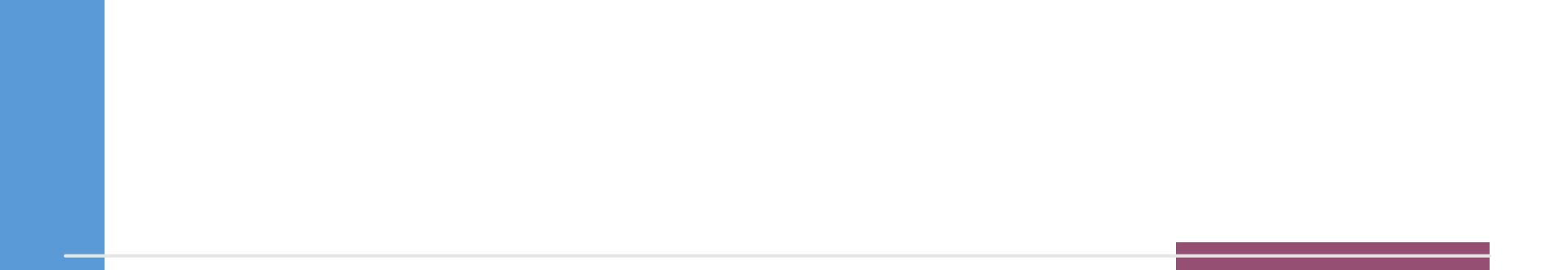
- **b) Posición minimalista o formulación débil:**
casi enemiga (Cass Sunstein)

- (A) Aplicar el PP sólo en presencia de un riesgo muy probable y susceptible de provocar daños serios o irreversibles;
- (B) No invertir nunca el *onus probandi*;
- (C) Considerar sistemáticamente los costos económicos, que deben ser equilibrados con una ventaja resultante de las medidas de precaución.

- **c) Posición intermedia:** Trata de equilibrar ambos extremos.
-

- (A) Subordina la utilización del principio de precaución a un riesgo científicamente creíble, admitido como plausible por parte significativa de la comunidad científica; por eso, como regla, no deben aplicarse medidas prohibitivas ni extremadamente limitativas del ejercicio del derecho cuando la incertidumbre puede ser superada a corto plazo.

- 
- (B) Deja librada la carga de la prueba a ser distribuida por el juez en función de la verosimilitud y de los recursos que cada parte dispone para producir la prueba; de algún modo, se abre con confianza a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

- 
- (C) Privilegia las medidas positivas, especialmente, los estudios que permitan avanzar en precisar el riesgo.
 - (D) Una moratoria puede ser dispuesta cuando sea necesaria para evitar consecuencias graves e irreversibles, moralmente inaceptables.

- (E) La evaluación costo- beneficio posibilita tener en cuenta no solamente los costos económicos apreciados con flexibilidad sino otros factores (sociales, culturales, éticos, etc.).
- Como regla, este tipo de medidas no deben ser aplicadas si el daño es reversible con costos menos onerosos que las medidas

- En consecuencia, el PP:
- *(i)* No se basa en el riesgo cero; su fin es disminuir o hacer más aceptable los riesgos, pero no pretende la eliminación de todos los riesgos posibles.
- *(ii)* No se funda en la ansiedad ni en la emoción, sino en reglas racionales de decisión, basadas en la ética; su finalidad es usar lo mejor posible el sistema científico para tomar decisiones más sabias frente a procesos complejos.

- *(iii)* No puede garantizar consistencia en todos los casos.
-

- *(iv)* No exige la inversión de la carga de la prueba en todos los casos.

- *(v)* No llama a la abstención total, a no hacer nada; por el contrario, impulsa a generar tecnología limpia. “No es ni la inacción ni la deliberación sin fin. Es un modo de acción de un tipo particular requerido por el contexto de incertidumbre en el cual la decisión debe tomarse”.





Pros y contras del PP.

Se acusa al PP. SER:

- (a) vago o impreciso;
- (b) de alguna manera inútil, pues basta la noción de diligencia y los nuevos instrumentos para medir el riesgo, como es la evaluación de impacto ambiental;
- (c) perturbador del avance científico;
- (d) demagógico, pues está dispuesto a ceder a lo que la gente cree;
- (e) costoso, en tanto impide la existencia de productos necesarios sólo por temor al riesgo;
- (f) encubridor de medidas proteccionistas del mercado

A favor

- Punto de partida. Distinción entre:
- Riesgo “*permitido*, conocido, mensurable y previsible,
- Riesgo *desconocido*, inconmensurable, imprevisible

- 
-
- 
- El Derecho debe abrir nuevas vías de cautela, porque “*ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia de riesgo*”.

Abanico de medidas posibles.

- *-moratoria*
- *-estrategias de paso a paso con objetivos predeterminados*



El principio de precaución en la ley 25.675



- Art. 4 de la ley 25.675 (2002)

- *“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.*

- n° 24.295, del 7/12/1993, que aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático;
- n° 24.375, de setiembre de 1994, que incorporó el Convenio sobre la Diversidad Biológica
- n° 23.724, que aprobó el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono;
- n° 23.922, que aprobó el Convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos;
- n° 25.278, que aprobó el Convenio de Rotterdam sobre procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas;
- n° 26.011 que aprobó el Convenio de Estocolmo,

Principio 15 de la Declaración de Río sobre el ambiente

- “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”.

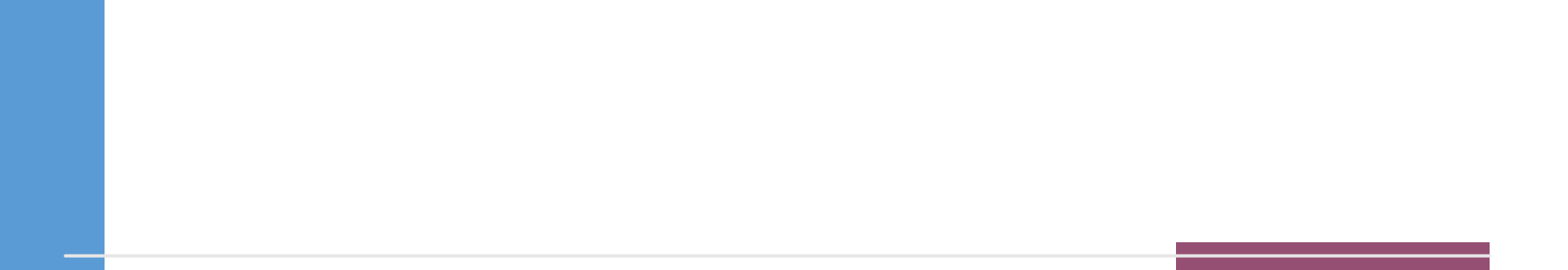


Algunas reflexiones de cierre.

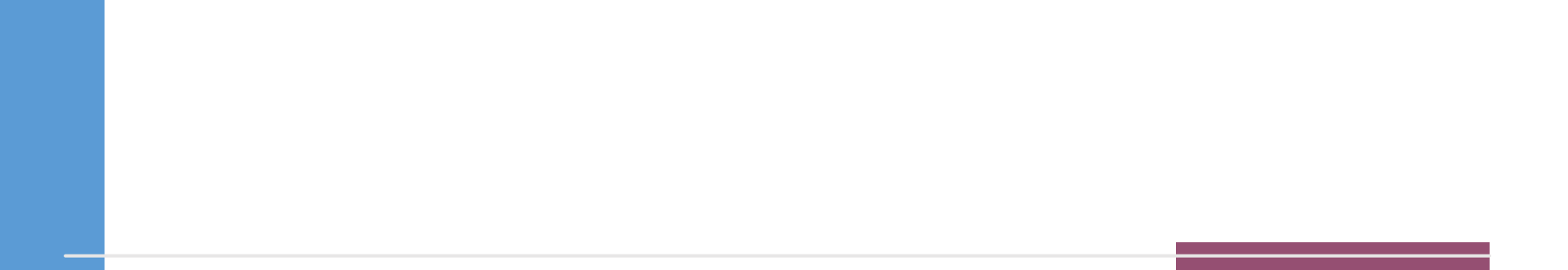
La gestión de los riesgos en la sociedad democrática.

En vez de preguntarnos qué riesgo es aceptable, la pregunta debería ser qué tipo de sociedad deseamos (Douglas).

Toda tarea humana implica la asunción de riesgos. El riesgo cero es una utopía. Pero ello no puede condicionar, sin más, una aceptación pasiva de riesgos respecto de los cuales la sociedad no se ha pronunciado (S.Bergel).

- 
- Se necesita jueces y administradores prudentes en la aplicación del principio
 - En doce años no hay aún líneas demasiado firmes, pero pronto vendrán
 - Lo preocupante: el Estado no cumple el art. 41 de la CN

- “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo” “*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*”.

- 
- La esperanza:
 - Asociaciones, alertas a estas violaciones, para denunciarlas a la Justicia, quien no debería, pero en definitiva tiene, la última palabra para que las políticas públicas equilibren de la mejor manera posible la satisfacción de las generaciones presentes, sin olvidar a las futuras.