

PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

MARÍA DEL PILAR
GARCÍA PACHÓN

ÓSCAR DARÍO
AMAYA NAVAS

Compiladores

**PRINCIPIOS E
INSTRUMENTOS DE EVITACIÓN
DEL DAÑO AMBIENTAL**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental / Lilliana Arrieta Quesada [y otros] ; compiladores María del Pilar García Pachón, Óscar Darío Amaya Navas. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015.

355 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587723663

1. Derecho Ambiental – Legislación – Colombia 2. Protección del Medio Ambiente – Aspectos Jurídicos – Colombia 3. Derecho Ambiente – Argentina 4. Derecho Ambiental – Costa Rica 5. Daño Ambiental – Colombia 6. Delitos contra el Medio Ambiente – Aspectos Jurídicos – Colombia I. García Pachón, María del Pilar, compiladora II. Amaya Navas, Óscar Darío, compilador III. Arrieta Quesada, Lilibiana IV. Universidad Externado de Colombia.

333-7

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca - EAP

Octubre de 2015

ISBN 978-958-772-366-3

© 2015, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Nomos Impresores

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS CLAUDIA GAFNER-ROJAS
LILLIANA ARRIETA QUESADA JORGE IVÁN HURTADO MORA
ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ JULIANA HURTADO RASSI
EDUARDO DEL VALLE MORA ÁLVARO OSORIO SIERRA
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO MAURICIO PINTO
SERGIO ALBERTO ROJAS QUIÑONES

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	II
PRIMERA PARTE	
ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO Y SU APLICACIÓN	
Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental <i>Claudia Gafner-Rojas</i>	19
El Principio de Precaución y el derecho penal <i>Ángela María Buitrago Ruiz</i>	45
Aspectos básicos y control judicial en la aplicación del Principio de Precaución <i>Óscar Darío Amaya Navas</i>	63
La dependencia del derecho ambiental de los estándares técnicos para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre <i>Antonio Eduardo Embid Tello</i>	103
SEGUNDA PARTE	
INSTRUMENTOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN COLOMBIA	
La aplicación del principio precautorio en el control de legalidad de los actos administrativos. La protección judicial del ambiente frente a las aspersiones de glifosato al interior de los parques nacionales naturales <i>Álvaro Osorio Sierra</i>	137
Revisión de los mecanismos de prevención del daño ambiental en Colombia. La tutela inhibitoria y los daños punitivos <i>Sergio Alberto Rojas Quiñones</i>	183
La reparación del daño ambiental en los procesos sancionatorios ambientales <i>Eduardo del Valle Mora</i>	221
La licencia ambiental como condición prevalente para evitar el daño <i>Jorge Iván Hurtado Mora</i>	247
Importancia de una estrategia bilateral para prevenir el daño medioambiental en la Reserva de Biosfera <i>Seaflower</i> por los efectos del fallo de La Haya <i>Juliana Hurtado Rassi</i>	273

TERCERA PARTE

EXPERIENCIAS EXTRANJERAS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO
Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES

Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino <i>Mauricio Pinto</i>	299
Responsabilidad por daños al medio ambiente en la jurisprudencia de Costa Rica <i>Lilliana Arrieta Quesada</i>	323
LOS AUTORES	353

La incuestionable insuficiencia de los mecanismos jurídicos tradicionales de protección del medio ambiente para responder por sí mismos ante las nuevas amenazas e incertidumbres que caracterizan esta realidad, exige el desarrollo de acciones que permitan enfrentar los riesgos, buscando la protección del entorno natural. No es suficiente con la tarea de reparación de los daños ambientales ya ocurridos, sino que se hace necesario diseñar herramientas que permitan la anticipación y la evitación de dichos daños. De esta manera, los principios del derecho ambiental, primordialmente los de prevención y precaución, constituyen pilares fundamentales a la hora de hacer frente a los riesgos y peligros que pueden afectar la naturaleza.

Esta perspectiva de evitación del daño resulta especialmente relevante para hacer realidad los objetivos de conservación de la naturaleza y de desarrollo sostenible en el marco de la protección del derecho al ambiente sano o adecuado. No parecería razonable atender las cuestiones ambientales sin poner de presente que cuando nos enfrentamos al reto de proteger la existencia de la vida en la tierra, la mejor manera de lograrlo es procurando que los daños ambientales jamás lleguen a generarse.

Desde la conceptualización teórica del derecho ambiental, los principios de prevención y precaución son entendidos como elementos medulares de esta rama del ordenamiento jurídico; así, ORTEGA ÁLVAREZ los considera principios funcionales en la medida que orientan sobre los instrumentos más idóneos para lograr la protección del entorno (ORTEGA, 2013), LOZANO CUTANDA los clasifica como principios de la acción ambiental de la Unión Europea (CUTANDA, 2013), JIMÉNEZ DE PARGA como principios estructurales del derecho internacional del medio ambiente (DE PARGA, 2001) y BETANCOR como principios de evitación del daño ambiental (BETANCOR, 2014). Como se puede observar, ya sea que estos principios se identifiquen desde su fuente en el derecho internacional o en el derecho europeo, la doctrina los considera sustento, soporte y fundamento del derecho ambiental, tal como lo entendemos hoy en día.

En los ordenamientos jurídicos de los países vecinos también son reconocidos estos principios; por ejemplo, la Ley General del Ambiente de Perú determina que la “gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental” (art. IV del Título Preliminar), identificando igualmente como lineamiento para el diseño y aplicación de

políticas públicas la prevención de los riesgos y de la contaminación ambiental. El Tribunal Constitucional del Perú ha aclarado que

[...] este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente¹.

Vemos cómo en este caso el Tribunal destaca la necesaria dependencia técnica imprescindible para tomar las medidas adecuadas con el fin de tratar adecuadamente los riesgos.

El derecho ambiental colombiano no es ajeno a los criterios doctrinales y al significado que se le da a estos principios en el extranjero. Desde la propia Constitución Política de 1991 se ordenó al Estado prevenir los factores de deterioro ambiental, y dos años después la Ley 99 de 1993 estableció como principio de la política ambiental colombiana el Principio de Precaución, en términos similares a los expuestos por la Declaración de Río de 1992. Desde entonces, no cabe duda, la política y la normatividad ambiental colombianas están construidas, entre otros, sobre los cimientos que le brindan los principios de prevención y precaución.

Distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional han seguido la misma línea doctrinal expuesta, afirmando que estos principios guían el derecho ambiental permitiendo que las autoridades ambientales actúen ante los riesgos y peligros que enfrenta el medio ambiente², aclarando el contenido y

1 Cfr. Tribunal Constitucional. Sentencia STC n.º 01206-2005-AA/TC, Lima, 19 de febrero de 2009.

2 Sobre la definición y alcance de los principios cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-703 del 6 de septiembre de 2010, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, sobre riesgos de telefonía móvil; Corte Constitucional. Sentencia T-360 del 11 de mayo de 2010, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, y Corte Constitucional. Sentencia T-1077 del 12 de diciembre de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; para un caso sobre antenas parabólicas cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-104 del 20 de febrero de 2012, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA; sobre riesgos por material particulado derivado de la explotación de carbón, cfr., Corte Constitucional. Sentencia T-154 del 21 de marzo de 2013. M. S.: NILSON PINILLA PINILLA.

naturaleza de los mencionados principios, resaltando la excepcionalidad del uso del Principio de Precaución e indicando a las autoridades administrativas criterios para tomar una decisión con base en dicho principio³, afirmando, inclusive, que el Principio de Precaución es una herramienta hermenéutica de especial valor para determinar la necesidad de intervención por parte de las autoridades públicas ante daños potenciales al medio ambiente y la salud pública⁴.

La relevancia extraordinaria de los principios de prevención y precaución, como fundamentos de la acción anticipada para evitar el daño al medio ambiente, indujo al Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia a decidir que este año su proyecto de investigación principal ahondara en el tema; así, esta publicación recoge una serie de aportes donde los diferentes investigadores realizan reflexiones jurídicas que buscan contribuir a la dinámica y constante discusión jurídica y doctrinal alrededor de la materia, y que serán expuestos en las ya tradicionales Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente organizadas por el Grupo de Investigación.

El libro que hoy presentamos está dividido en tres partes: en la primera se analizan los principios de evitación del daño y su aplicación, y se inicia con el artículo de CLAUDIA ROJAS, el cual nos introduce en el tema dándonos a conocer el alcance jurídico de los principios de prevención y precaución, con el objetivo de que podamos determinar su carácter normativo y su aplicabilidad en la práctica.

La visión de la profesora ROJAS sobre los principios de evitación del daño se complementa con el artículo de ÁNGELA MARÍA BUITRAGO, en el cual la autora hace un análisis de estos principios, pero ahora desde la perspectiva penal, permitiéndonos reconocer cómo, para esta rama del ordenamiento jurídico, el control del riesgo, su gestión, y la evitación de daños irreversibles e irreparables para el medio ambiente, son preocupaciones que han adquirido una especial relevancia.

Posteriormente, ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS analiza los aspectos básicos del Principio de Precaución, el cual pone de manifiesto la actual imposibilidad de exigir a las autoridades la certeza absoluta sobre el carácter dañino de

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-2937 del 23 de abril de 2002, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-299 del 3 de abril de 2008, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

una actividad, producto o tecnología, como presupuesto para su prohibición o regulación restrictiva. El autor realiza un interesante análisis del control judicial de la aplicación de dicho principio, control que debe estar dirigido, entre otros aspectos, a proteger los derechos fundamentales, las libertades individuales, el principio de proporcionalidad, la no discriminación, la buena fe y la confianza legítima.

Por su parte, ANTONIO E. EMBID TELLO estudia la dependencia de los estándares técnicos a que está sujeto del derecho ambiental para la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, y opina que la clave es la elaboración de criterios jurídicos que permitan al derecho recobrar su papel como canalizador de la voluntad democrática en este tipo de situaciones.

La segunda parte de esta obra expone algunas experiencias colombianas en materia de aplicación de los principios de evitación del daño y se inicia con el artículo del profesor ÁLVARO OSORIO SIERRA, quien hace un análisis de la aplicación del principio precautorio en el control de legalidad de los actos administrativos, concretamente en relación con la protección judicial del ambiente frente a las aspersiones de glifosato al interior de los Parques Naturales Nacionales. El autor llama la atención sobre la necesidad de ahondar en el concepto de la incertidumbre científica, particularmente frente a la determinación de la verdadera peligrosidad de los herbicidas químicos utilizados en todo el mundo.

Por su parte, SERGIO ROJAS QUIÑONES hace una revisión de los mecanismos de prevención del daño ambiental en Colombia, prestando particular atención a la tutela inhibitoria y los daños punitivos. El autor propone analizar una serie de interesantes herramientas que brinden incentivos particulares para la evitación del mencionado daño. Considerando la experiencia comparada, se propone el desarrollo de una figura similar a la de los daños punitivos que corrija las distorsiones que han dificultado el afianzamiento de la política de prevención.

Seguidamente, EDUARDO DEL VALLE MORA presenta un análisis del régimen general aplicable en Colombia en materia de reparación de daños ambientales, en el marco de los procesos sancionatorios ambientales gobernados por la Ley 1333 de 2009. Concretamente, analiza qué tan usual ha sido el uso de la facultad de la que gozan las autoridades ambientales para ordenar la reparación de los daños ambientales *in natura* de acuerdo con lo establecido en dicha ley.

Abarcando el estudio de los instrumentos de comando y control como mecanismos de evitación del daño, el artículo de JORGE IVÁN HURTADO MORA presenta un análisis de la figura de la licencia ambiental como la herramienta administrativa creada para concretar los elementos integradores del desarrollo sostenible, que, como tal, se constituye en uno de los elementos fundamentales para neutralizar el daño ambiental.

Finalmente, se incluye un estudio de caso realizado por la investigadora JULIANA HURTADO RASSI, quien resalta la importancia de incrementar una estrategia bilateral entre Colombia y Nicaragua como mecanismo para prevenir el daño medioambiental en la Reserva de Biosfera Seaflower por los efectos del Fallo de la Haya teniendo en cuenta los intereses en juego, a la vez que examina los graves impactos ambientales que ha sufrido este importante ecosistema.

La parte final de este texto titulada “Experiencias extranjeras en la aplicación de los principios de evitación del daño y determinación de responsabilidad por daños ambientales”, recoge los artículos remitidos por MAURICIO PINTO y LILLIANA ARRIETA. En su artículo el profesor MAURICIO PINTO analiza la forma como los principios de prevención y precaución han configurado el sentido y alcance del derecho ambiental como sistema tutelar, llevando al mismo a una clasificación anticipatoria que se adelanta e inhibe la ocurrencia de daños al ambiente en beneficio de la eficiencia del régimen protectorio, y cuyos principios han sido reconocidos y aplicados transversalmente por todos los órganos estatales, destacando tanto su introducción explícita en las regulaciones legales, como en especial su sistémica de aplicación jurisprudencial en el derecho ambiental argentino.

A partir de la jurisprudencia costarricense, LILLIANA ARRIETA realiza un interesante aporte sobre la responsabilidad derivada del daño causado al medio ambiente, los titulares del derecho a la indemnización y los medios más adecuados para resarcir o reparar el daño causado; análisis que comprende aspectos teóricos e incorpora estándares para casos específicos que ilustran como ejemplos la complejidad de la determinación del daño en materia ambiental, así como las posibles soluciones brindadas, tanto por la vía legislativa como por la judicial, a esta problemática.

Este libro tiene relación con otras obras colectivas que han sido coordinadas en el marco de las actividades del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente, entre las que destacamos “Responsabilidad por daños al medio ambiente” (2000), “Daño ambiental”, Tomo I (2007) y “Daño

ambiental”, Tomo 2 (2009), con lo cual no estamos afirmando que la tarea de investigación alrededor de esta temática haya concluido, sino que por el contrario pretendemos que el lector tenga acceso a un marco mucho más amplio de fuentes para revisar; además, esperamos cubrir en el futuro nuevas facetas de los asuntos conexos al daño ambiental.

No se puede finalizar la presentación de esta obra sin antes agradecer a todos los autores que colaboraron en su desarrollo, pues con sus aportes permiten la constante y necesaria renovación académica que estas cuestiones exigen. También a los Departamentos de Publicaciones y de Derecho del Medio Ambiente, por su continuo esfuerzo en la realización de estas publicaciones, y al Rector JUAN CARLOS HENAO, por su continuo y generoso apoyo a las actividades de investigación propuestas por el Departamento.

MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN
Directora (E.)
Departamento de Derecho
del Medio Ambiente
Facultad de Derecho
Universidad Externado
de Colombia

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Profesor
Departamento de Derecho
del Medio Ambiente
Facultad de Derecho
Universidad Externado
de Colombia

PRIMERA PARTE
ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE EVITACIÓN
DEL DAÑO Y SU APLICACIÓN

CLAUDIA GAFNER-ROJAS

*Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención
y precaución en materia ambiental*

Introducción. I. Alcance etimológico de las nociones de prevención y precaución. II. Contenido de los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental. A. En el derecho internacional. 1. Prevención. 2. Precaución. B. En el derecho colombiano. 1. Prevención. 2. Precaución. III. Naturaleza jurídica. A. Prevención. B. Precaución. Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La presencia del hombre y su intervención en la naturaleza hace que prácticamente sea imposible la inexistencia de efectos negativos en el entorno. De ahí que sea tan importante actuar consecuentemente, evitando al máximo el deterioro ambiental mediante el recurso imprescindible a los criterios de prevención.

La protección del entorno natural debe partir, por tanto, de un enfoque fundamentalmente preventivo. Con todo, el derecho ambiental debe poseer el doble objetivo, por un lado, de regular la actividad humana para evitar el deterioro ambiental y, por otro, cuando lo primero falla, de regular la reparación de los daños ocasionados al entorno. Vistas así las cosas, la prevención constituye el núcleo central de esta rama del derecho. Ella es definitiva, en la medida en que es el presupuesto para lograr el primer objetivo, y a su vez constituye un criterio decisivo para imputar y reparar el daño consumado.

A efectos de reducir, y en su caso, corregir los daños ambientales, es decir, a efectos de la correcta interpretación y eficiente aplicación de las normas ambientales vigentes se hace indispensable realizar un análisis conceptual y jurídico actualizado del contenido y naturaleza jurídica de la noción de prevención.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar en detalle la noción de prevención y la de su corolario, la precaución, desde la perspectiva lingüística y jurídica, a fin de determinar su naturaleza y alcance jurídicos. Con este fin se efectúa un examen etimológico de los vocablos prevención y precaución que, si bien son aplicables a cualquier ámbito, en el marco del presente estudio serán estudiados desde la perspectiva de la protección ambiental; enseguida se analiza el contenido de tales conceptos, tal como están contemplados tanto en el derecho internacional como en el derecho interno

colombiano. Finalmente, se evalúa la naturaleza jurídica de tales nociones en tanto principios del derecho ambiental.

I. ALCANCE ETIMOLÓGICO DE LAS NOCIONES DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

Puesto que los términos prevención y precaución son muy cercanos desde el punto de vista de su contenido, manifiestan una intersección común e incluso a veces se emplean indistintamente, resulta útil, a efectos del presente análisis, trazar una línea divisoria.

Un acercamiento desde el punto de vista etimológico ofrece una primera indicación: el vocablo prevención viene del latín “*praeventious*”: de “*prae*”, que significa antes, y “*eventious*” que se refiere a evento, acontecimiento o suceso y en conjunto corresponde a anticiparse. El término es utilizado principalmente en el ámbito jurídico y de la salud para referirse a evitar algo negativo como, por ejemplo, la comisión de delitos o la adquisición de una enfermedad.

Entre tanto, precaución, que proviene del verbo latino “*praecavere*”: de “*prae*” (antes) y “*cavere*” que significa velar por algo, tener cuidado o estar en guardia, corresponde en conjunto a tener cuidado o vigilar por anticipado. La distinción entre las dos nociones es, en realidad, de ligeros matices; sin embargo, podría afirmarse que la precaución se dirige a evitar no tanto un suceso, como ocurre con la prevención, sino más bien a preservar un bien, como la salud humana o el medio ambiente sano.

La distinción entre prevención y precaución puede apreciarse quizás más claramente con ayuda del criterio de nivel de conocimiento del daño que puede llegar a producirse ante una determinada situación. Así, la prevención significa actuar, pasiva o activamente, con el fin de evitar un daño que se sabe con certeza que va a ocurrir. Entre tanto, la precaución consiste en adoptar las medidas necesarias para reducir la posibilidad de sufrir un daño grave a pesar de no tener una certeza científica que determine la probabilidad de que este ocurra. Aunque en ocasiones la diferencia entre prevención y precaución es difícil de determinar, puede afirmarse que frente a la prevención se está ante la certeza de que de darse un determinado factor se generará un daño o una consecuencia negativa, mientras que frente a la precaución, dada una circunstancia determinada, no se tiene la certeza absoluta de que acaecerá un daño, aun cuando haya razones para suponer que podría ocurrir. En otras

palabras, si se conocen las consecuencias de la acción correspondiente se debe prevenir, mientras que si no se conocen, ya sea porque en el entorno científico existe la duda, o no existen pruebas irrefutables, se deberá actuar con precaución. Frente a la precaución se habla de un riesgo potencial, en tanto que frente a la prevención se habla de un riesgo probado (KOURILSKY y VINEY, 1999: 11).

II. CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL

El presente apartado se ocupa de hacer un repaso de los principales instrumentos internacionales y de las normas colombianas en materia ambiental a efectos de revisar los conceptos jurídicos de prevención y precaución en ellos contenidos.

En términos generales, a diferencia de lo que ocurre con el Principio de Precaución que aparece expresamente enunciado, el Principio de Prevención no está descrito explícitamente como tal en los textos jurídicos. Siendo la prevención, algo así como la columna vertebral del ordenamiento ambiental, cabe preguntarse: ¿es posible demandar por incumplimiento específicamente del Principio de Prevención? Si fuera posible, ¿con base en qué normas? Para responder estas preguntas es necesario evaluar las diferentes normas desde el punto de vista del alcance conceptual y jurídico de la prevención y la precaución.

A. EN EL DERECHO INTERNACIONAL

I. PREVENCIÓN

La gran mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales en materia ambiental, si bien en su trasfondo contienen la idea de prevención, no incluyen de forma expresa la definición del Principio de Prevención, incluso muchos de ellos ni siquiera mencionan el término en sí.

Para empezar, la Declaración de Estocolmo de 1972 no alude al vocablo prevención en su texto; sin embargo, su contenido refleja la necesidad de usar y manejar los recursos naturales y el medio ambiente en general de forma cuidadosa, responsable y juiciosa. La Declaración reitera términos como “mantener”, “preservar”, etc.; así, por ejemplo, dispone que los recursos

naturales de la tierra “deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras” (art. 2.º); que el hombre tiene “especial responsabilidad de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat” (art. 4.º); que los recursos no renovables de la tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento” (art. 5.º); que los Estados deberán tomar todas las medidas posibles “para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina” (art. 7.º), etc.

Por su parte, aunque la Carta de la Naturaleza emplea el término prevención una sola vez en su texto, y no como enunciación de un principio general, el concepto se encuentra implícito a lo largo de su texto, en el que se destaca el numeral 10 que dispone que no se deben desperdiciar los recursos naturales, sino que, por el contrario, se deben utilizar con mesura y de acuerdo con las reglas siguientes:

- a) No se utilizarán los recursos biológicos más allá de su capacidad natural de regeneración;
- b) Se mantendrá o aumentará la productividad de los suelos con medidas de preservación de su fertilidad a largo plazo y de los procesos de descomposición orgánica y de prevención de la erosión y toda forma de deterioro;
- c) Se reaprovecharán o reciclarán tras su uso los recursos no fungibles, incluidos los hídricos [...].

De la misma manera, el numeral 11 establece que es preciso controlar las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza, y utilizar las mejoras técnicas disponibles para reducir al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales. Para ello en particular se deberá, entre otros: evitar las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza; examinar a fondo las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza y no llevar a cabo tales actividades cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales¹; evaluar las consecuencias de las actividades que puedan perturbar la naturaleza y realizar

1 Este enunciado se aprecia como germen del Principio de Precaución.

estudios de los efectos que puedan tener sobre la misma los proyectos de desarrollo, etc.

La Declaración de Río, por su parte, introduce el Principio de Precaución pero no hace referencia expresa a la prevención. Con todo, su principio 2, reafirmando el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, consagra el derecho de los Estados de aprovechar sus propios recursos naturales y desarrollar su propia política ambiental a condición de que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción no perjudiquen el medio ambiente de los otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional². Este principio abarca dos cuestiones fundamentales para el objeto de nuestro análisis: en primer lugar, constituye la reiteración de un principio básico del derecho internacional cual es la soberanía territorial del Estado, en tanto que el manejo ambiental constituye una competencia exclusiva y excluyente del Estado en su territorio; y en segundo lugar, determina el límite de dicho derecho soberano del Estado, en la medida en que requiere que las actividades que se lleven a cabo dentro del ámbito jurisdiccional de cada Estado no perjudique el medio ambiente de los otros.

En este último sentido, la prevención adquiere una importancia radical y se erige como principio básico del derecho internacional ambiental. En el ámbito internacional la prevención ha de entenderse en el sentido no solo de evitar los daños transfronterizos sino también, en términos más amplios, de anticipar las posibles consecuencias de todas las conductas que puedan generar deterioro en el ambiente. Así, se convierte en un principio que impregna todo el ordenamiento ambiental independientemente del sector específico: cambio climático, combate de la desertificación y deforestación, protección de la biodiversidad, del ambiente marino, de las aguas continentales, de la atmósfera, etc.

Vale la pena mencionar otros instrumentos internacionales de protección ambiental de carácter vinculante, que aunque no contemplan de forma explícita el principio en cuestión, lo comprenden de una u otra forma en su contenido, a efectos de evaluar cómo se refleja la prevención en el derecho internacional. El preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica de

2 En comparación con el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, La redacción del principio 2 de la Declaración de Río es prácticamente igual, solamente cambia la expresión “explotar” por “aprovechar”. Este cambio revela la necesidad de hacer un uso racional y respetuoso del medio ambiente.

1992, por ejemplo, subraya la importancia de “prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica”. Esta noción se percibe a lo largo del texto jurídico. Expresión de esto son el artículo 8.º sobre conservación *in situ*, y el 14 sobre evaluación de impacto y reducción al mínimo del impacto adverso. En general, términos contemplados a lo largo del Convenio como “conservación”, “preservación”, “utilización sostenible” comportan la idea de prevención.

En su artículo 3.º numeral 3 el Convenio Marco sobre Cambio Climático de 1992 establece de forma especial que los Estados Partes

... deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos.

La disposición muestra la vinculación entre precaución y prevención, aunque por su contenido hace referencia más al Principio de Precaución que al de Prevención.

En el marco de los compromisos asumidos por los Estados partes destaca por su enfoque previsorio el artículo 4.º literal c, que dispone que los Estados Parte se comprometen a

[p]romover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos.

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 establece que los Estados Parte

[a]doptarán las medidas legislativas o administrativas adecuadas y cooperarán en la coordinación de las políticas apropiadas para controlar, limitar, reducir o prevenir las

actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono (art. 2.2.b).

Sin hacer referencia expresa al Principio de Prevención, la disposición citada abarca evidentemente un compromiso de contenido eminentemente preventivo.

La Convención RAMSAR en su preámbulo manifiesta el convencimiento “de que la conservación de los humedales y de su flora y fauna pueden asegurarse armonizando políticas nacionales previsoras con una acción internacional coordinada”. Adicionalmente, la designación y selección de zonas de humedal de importancia estratégica internacional constituye el eje central alrededor del cual gira la Convención para su protección y conservación, y es una manifestación de criterios de prevención.

De acuerdo con su artículo 1.º, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación de 1994 define la “lucha contra la desertificación” como el conjunto de actividades que forman parte de un aprovechamiento integrado de la tierra de las zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas para el desarrollo sostenible y que tiene por objeto la prevención o reducción de la degradación de las tierras, la rehabilitación de tierras parcialmente degradadas y la recuperación de tierras desertificadas. Además, el artículo 10.º contempla la adopción de programas de acción nacionales que, entre otras cosas, deberán prestar atención especial a la aplicación de medidas preventivas con respecto a tierras que aún no están degradadas o que solo lo están levemente.

El Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989 tiene como propósito central proteger, mediante un estricto control, la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que pueden derivarse de la generación y el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos. El eje central es por tanto la prevención, y las obligaciones asumidas por los Estados Parte son de carácter eminentemente preventivo, lo cual se refleja en su contenido normativo, con especial énfasis en las obligaciones generales asumidas:

- a) Reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos en ella, teniendo en cuenta los aspectos sociales, tecnológicos y económicos;

b) Establecer instalaciones adecuadas de eliminación para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos, cualquiera que sea el lugar donde se efectúa su eliminación que, en la medida de lo posible, estará situado dentro de ella;

c) Velar por que las personas que participen en el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos dentro de ella adopten las medidas necesarias para impedir que ese manejo dé lugar a una contaminación y, en caso de que se produzca ésta, para reducir al mínimo sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente;

d) Velar por que el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos y otros desechos se reduzca al mínimo compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos, y que se lleve a cabo de forma que se protejan la salud humana y el medio ambiente de los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento;

e) No permitir la exportación de desechos peligrosos y otros desechos a un Estado o grupo de Estados pertenecientes a una organización de integración económica y/o política que sean Partes, particularmente a países en desarrollo, que hayan prohibido en su legislación todas las importaciones, o si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional, de conformidad con los criterios que adopten las Partes en su primera reunión.

f) Exigir que se proporcione información a los Estados interesados sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos propuesto, con arreglo a lo dispuesto en el Anexo v A, para que se declaren abiertamente los efectos del movimiento propuesto sobre la salud humana y el medio ambiente;

g) Impedir la importación de desechos peligrosos y otros desechos si tiene razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional;

h) Cooperar con otras Partes y organizaciones interesadas directamente y por conducto de la Secretaría en actividades como la difusión de información sobre los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, a fin de mejorar el manejo ambientalmente racional de esos desechos e impedir su tráfico ilícito.

Llama la atención que el artículo 2.º numeral 2 literal c, del Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de la Convención de Basilea, establece específicamente lo que se entiende por “medidas pre-

ventivas”, y dispone que se trata de “cualquier medida razonable tomada por cualquier persona en respuesta a un incidente con objeto de prevenir, reducir al mínimo o mitigar pérdidas o daños o sanear el medio ambiente”.

En definitiva, los instrumentos jurídicos internacionales de contenido ambiental no incluyen de manera expresa en sus disposiciones la definición, o al menos la mención, de un Principio de Prevención. No obstante, a partir de los compromisos derivados de dichos instrumentos, y del propósito para el cual han sido adoptados, puede afirmarse que tácitamente la prevención es un criterio reinante en todos ellos y en general en el derecho ambiental internacional. Bajo esta perspectiva, en el ámbito internacional la prevención constituye definitivamente un principio fundamental que impregna y gobierna todas las decisiones relacionadas con la protección ambiental.

2. PRECAUCIÓN

El término precaución, tal como se ha desarrollado principalmente en el derecho internacional ambiental, se refiere exclusivamente a las medidas previsivas que deben adoptarse cuando existe incertidumbre científica acerca de un peligro o riesgo, lo cual sería algo así como la versión corta del término. En sentido estricto, la característica decisiva de la precaución es el hecho de que sobre los posibles efectos adversos de una sustancia o actividad, o sobre la probabilidad de ocurrencia o la magnitud de un potencial daño, no se puede hacer ninguna declaración con la debida seguridad. De esta manera, la precaución proporcionará orientación sobre cómo hacer frente a la incertidumbre científica, pues se apoya en los conocimientos científicos disponibles, en el grado de ignorancia y en los valores no científicos. En general se reconoce, sin embargo, que al menos debe haber evidencia creíble sobre la posibilidad de peligro antes de que la precaución entre en juego. La Comisión Europea la define la incertidumbre científica de la siguiente manera:

La incertidumbre científica se deriva, habitualmente de cinco características del método científico: la variable elegida, las mediciones realizadas, las muestras tomadas, los modelos utilizados y la relación de causalidad empleada. La incertidumbre científica también puede surgir del desacuerdo o controversia sobre los datos existentes, o sobre la falta de algunos datos pertinentes. La incertidumbre puede estar en relación con elementos cualitativos y cuantitativos del análisis (Comisión Europea, 2000).

En virtud del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, las naciones acordaron en principio hacer frente a un problema ambiental mundial antes de que se sintiesen sus efectos o se demostrase científicamente su existencia. De ahí que se afirme que este es, probablemente, el primer ejemplo de aceptación del Principio de Precaución en una negociación internacional relevante. De acuerdo con el Convenio, los Estados, en clara consonancia con el Principio de Precaución,

... cooperarán mediante observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información a fin de comprender y evaluar mejor los efectos de las actividades humanas sobre la capa de ozono y los efectos de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el medio ambiente (art. 2.º num. 2 lit. a).

La Declaración de Río, sin hacer referencia expresamente al Principio de Prevención, introduce en su Principio 15 la noción de precaución, al establecer que con el fin de proteger el medio ambiente, “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”. Y enfatiza que de haber un

... peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

El artículo 3.º numeral 3 del Convenio sobre Cambio Climático de 1992, reproducido arriba, menciona el Principio de Precaución en estrecha vinculación con el de prevención, aunque de manera tímida y considerando los costos económicos que este puede generar.

El Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 hace referencia a la precaución en el preámbulo, señalando 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”. Si bien este enunciado no forma parte del cuerpo normativo del Convenio, no puede negarse la función orientadora que este desempeña en la interpretación de las normas vinculantes del texto jurídico.

Otro instrumento en el que se ha visto reflejado el Principio de Precaución es el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la