

LATINOAMÉRICA

EL DERECHO AMBIENTAL: ¿PRISIONERO DE LA TECNOCIENCIA?

El derecho ambiental: ¿prisionero de la tecnociencia?

Las transformaciones que ha sufrido la sociedad y el impacto de las actividades humanas en el medio ambiente y los recursos naturales han generado la necesidad de expedir nuevas normas de carácter ambiental, lo que ha dado lugar a la aparición del derecho ambiental. Esta nueva rama jurídica regula las relaciones entre la sociedad y el medio ambiente, con lo cual se rompe el paradigma tradicional de regulación de las relaciones sociales. Por otra parte, las normas ambientales se alimentan de la ciencia y la tecnología, lo que ha ocasionado que sea el conocimiento técnico el que determine qué es el derecho. A esto se une el principio de precaución que pretende elevarse como principio jurídico, pero siendo en realidad una declaración de política y, sobre todo, buscando convertir en derecho la duda científica. Esto genera un riesgo para la seguridad jurídica y, por ende, plantea un reto grande a los nuevos juristas.

PALABRAS CLAVE

Derecho Ambiental, Legislación ambiental, Orden jurídico, Principio de precaución, Tecnociencia.

Environmental law: prisoner of the technology?

The transformations undergone by society and the impact of human activities on the environment and natural resources has generated the need to issue new environmental standards leading to the emergence of environmental law. This new branch of law regulates the relationships between society and the environment that breaks the traditional paradigm of regulation of social relationships. Moreover, environmental standards feed on science and technology leading to the fact that the technical knowledge is determining what is considered law. This is coupled with the precautionary principle that aims to rise as a legal principle but being in fact a policy statement and especially seeking to turn scientific doubt into law. The Law is confronted not only with the complexity of modern society, technological developments and environmental crisis, but also with its very essence. This creates a risk to legal certainty and therefore poses a major challenge to the new lawyers.

KEY WORDS

Environmental law, Environmental legislation, legal order, precautionary principle, Technical – science

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

INTRODUCCIÓN

Las grandes transformaciones en todos los ámbitos del conocimiento que ha vivido la sociedad en los últimos años no han sido ajenas al derecho. Una nueva visión sobre lo que significa el orden jurídico, el derecho e incluso la ley ha sido parte de una verdadera revolución en el mundo jurídico.

Nuevos hechos sociales, políticos, económicos que deben ser regulados, nuevas realidades que requieren ser incorporadas en el orden jurídico necesariamente generan nuevas necesidades de regulación, dando lugar a nuevos marcos legales. Paradójicamente, a pesar de que se ha producido un retiro del Estado en muchos campos, sin embargo, en diversos países se habla de la hiperregulación y cómo “demasiado derecho acaba el derecho”. Se han creado entidades reguladoras que permanentemente están produciendo normas de todo tipo y para toda clase de actividades.

Una de las nuevas áreas del derecho que ha surgido es el derecho ambiental, el cual se define a partir de la aparición de nuevas reivindicaciones de la sociedad en la búsqueda de mayor bienestar o, como tiende a

ser llamado en los países andinos, el “buen vivir”. Pero también como una necesidad de las sociedades de evitar la desestabilización de los Estados por la escasez o afectación de los recursos naturales renovables y el medio ambiente, o también como una necesidad del modelo económico para mantener las condiciones necesarias que permitan el desarrollo.

Por otra parte, el derecho ambiental, por necesidad de su objeto de regulación, recurre frecuentemente a la ciencia y a términos técnicos, lo que ha llevado a algunos a considerarlo como un tecnoderecho. Esto corresponde a lo que se ha venido denominando la *technicisation* o *scientification* del derecho, lo cual conduce a revisar nuevas fuentes y la “reconfiguración de un nuevo orden jurídico”, proceso que es parejo al proceso de un mayor desarrollo de la ciencia que ha invadido todas las órbitas de la sociedad (Y. Laserre, 2015. pág. XVIII).

Esta nueva rama del derecho “está profundamente marcado por su estrecha dependencia de la ciencia y la tecnología”, por tal razón se tiende a que el “*experto técnico determina la norma de derecho*” (M. Prieur, 2016, pág. 6). Existe así una fuerte dependencia de la norma del conocimiento científico y técnico,

haciendo que en muchos casos sea el conocimiento técnico el que determina la interpretación. Se presenta, en cierta forma, un riesgo para el orden jurídico en la medida en que el derecho pierde su razón de ser colocándose al servicio de la técnica.

Estas reflexiones nos llevan a plantear justamente hasta dónde el derecho ambiental termina siendo prisionero de un conocimiento técnico, el cual en ocasiones también puede resultar dudoso, sobre todo cuando se aplica el principio de precaución, perdiendo de paso el carácter garantista del orden jurídico y, sobre todo, la esencia del derecho como ciencia humanista.

Para tal efecto se va a desarrollar el presente escrito, en el que se realiza primero una breve reflexión en torno al derecho y luego una aproximación a la conceptualización del derecho ambiental. Posteriormente se analizará el principio de precaución, que es tal vez el que mayormente tiende a sustentarse en la ciencia, o tal vez, en la incertidumbre de ésta.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO

No se trata en este punto de desarrollar una teoría en torno al derecho, pues es una tarea difícil y que escapa al objeto del presente artículo. Empero, es necesario tratar algunos aspectos que desde la época romana se han intentado definir.

La idea de derecho es importante en la medida en que delimita el campo de aquello que es y no es jurídico. Justamente, en ese punto es donde se plantea el interrogante de si la tecnociencia ha hecho perder el carácter jurídico del derecho.

A lo largo de la historia el derecho ha tenido diversas definiciones. Por derecho *“se ha entendido ya sea el conjunto de las normas positivas consideradas vigentes y obligatorias por el poder político, sin considerar su contenido y eficacia práctica; ya sea aquellas normas que en virtud de su “buen” contenido merecen obediencia en el plano moral, sin importar si se encuentran o no reconocidas por el poder; ya sea sólo aquellas normas positivas que de hecho son observadas por los asociados y / o aplicada por los tribunales ; ya sea el conjunto institucional de las normas y de los organismos que las adoptan, administran y aplican; ya sea el conjunto de las relaciones intersubjetivas socialmente reconocidas de las cuales se derivan derechos subjetivos y los respectivos deberes”*(V. Ferrari, 2006, pág. 61).

El derecho ha tratado de resolver los problemas que se le presentan a la sociedad y busca regular diver-

sos aspectos de la vida social. Sin embargo, la aparición de nuevas complejidades sociales le ha puesto un reto al mundo jurídico a pesar de su capacidad de evolución para adaptarse a las nuevas realidades.

De un conjunto de normas que regulaban la vida campesina de inicios del capitalismo, se ha pasado a la regulación de las enormes transacciones económicas producidas en cualquier continente o las nuevas tecnologías inexistentes hace algunos años. Los retos surgidos a partir de nuevos conocimientos y técnicas, como la inteligencia artificial, el derecho de los robots o la regulación de los drones, exigen respuestas desde el mundo jurídico. El derecho es una ciencia en permanente cambio y transformación, pero conservando siempre su esencia o naturaleza. Con todo, en la actualidad nuevas ideas han invadido esa esfera jurídica de seguridad que se tenía antes, para incorporar nuevos saberes o criterios.

Así, el derecho pierde su tradicional rol de regulador de las relaciones sociales para pasar a ser un medio para alcanzar un fin. Es lo que algunos autores llaman la búsqueda de una nueva racionalidad del derecho. En esa corriente se encuentra el profesor Calvo García, para quien *“La aplicación del derecho orientado a fines conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación sobre el que descansaba la teoría de la decisión jurídica tradicional”* (M. Calvo García, 2005, pág. 11), fenómeno que el autor denomina derecho útil o regulativo (L. F. Macías, 2007).

En ese sentido *“el jurista no debe limitarse exclusivamente al análisis de la normatividad vigente; para su interpretación debe recurrir a una serie de principios lógicos que bastan por sí mismos”* (L. F. Macías, 1998, pág. 52). El reto para el jurista es recurrir a saberes externos al derecho, pero sin perder de vista el rigor interpretativo de la ley, pues como decía Kelsen respecto al uso de conocimientos de otras disciplinas por parte del jurista, *“el resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”* (H. Kelsen, 1977, pág. 16). En todo caso, se debe precisar que no se pretende negar la necesidad de hacer dinámico el derecho, ni tampoco llevarlo a la exegesis, ni la necesidad de interdisciplinariedad para abordar los hechos y situaciones que requieren la aplicación de la norma.

Esa nueva búsqueda de materialización de fines conlleva una desjuridización del derecho, lo cual a su vez exige la presencia de nuevos saberes y cono-

cimientos para aplicar las normas. El derecho ambiental justamente se encuentra en la glorieta de esa tensión entre el derecho y las otras ciencias que pretenden convertirlo en una ciencia decisionista y unánimista.

EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RETOS PARA EL ORDEN JURÍDICO

El derecho ambiental aparece en los años sesenta y setenta como una forma más de cuestionamiento de los modelos de desarrollo y consumo existentes. Ante una realidad innegable de sobrepoblación, desaparición de especies, afectación a la salud por la contaminación y de riesgos para mantener los modelos de desarrollo existentes, se hacía necesario un marco regulatorio acorde con esas nuevas realidades.

Cierta visión apocalíptica de los riesgos ambientales hace que el derecho ambiental se oriente y sea reivindicado como un instrumento de salvación del planeta, antes que una forma jurídica de regulación de las actividades humanas y, en especial, las económicas.

Las normas ambientales se caracterizan por su finalidad, que no es otra que la de convertir la naturaleza y el medio ambiente en algo más que un objeto material de las relaciones de producción, si no en un objeto jurídicamente tutelable. Esto explica por qué no todas las normas que hacen referencia a recursos naturales renovables son normas ambientales. Así lo afirma la Corte Constitucional Colombiana (C - 126/98, M. P. Alejandro Martínez) cuando dice:

“En efecto, no toda disposición jurídica que regula el empleo de un recurso natural debe ser entendida como una norma ambiental. (...) Lo propio de una norma ambiental es que considera la naturaleza no sólo como un objeto de apropiación privada o social sino como un bien jurídicamente tutelable, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y la sociedad se transforma (...) El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía. En efecto, el ordenamiento jurídico ya no sólo buscará regular las relaciones sociales sino también la relación de la sociedad con la naturaleza, con el fin de tomar en cuenta el impacto de las dinámicas sociales sobre los ecosistemas, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social”.

El derecho ambiental plantea de entrada una ruptura sobre la tradición jurídica, pues su objeto no es la regulación de las relaciones sociales, sino la de estas con la naturaleza; *“La ciencia jurídica como ciencia del orden social es diferente a la naturaleza concebida como un orden sujeto a una serie de leyes basadas en el principio de causalidad. En efecto, la norma ambiental no busca regular una serie de conductas de los hombres para que convivan entre sí, sino una serie de conductas del hombre frente a la naturaleza para que conviva con ella y además respete las leyes naturales que la rigen.*

Esto exige que el derecho ambiental esté en constante movimiento “El derecho, se ha dicho tantas veces, es la expresión normativa de la realidad social y cambia o debe cambiar; a riesgo de quedarse anquilosado y fósil, al mismo ritmo que la realidad” (L. Núñez Ladeveze. 1977, pág. 40). Habría que agregar que el derecho es no solo la expresión normativa de la realidad social sino de la realidad natural, en la cual esa realidad social existe.

El derecho ambiental rompe con el esquema rígido de lo jurídico que se encierra en un espacio impenetrable. Bien lo afirma Hernández Gil cuando dice que la “ciencia jurídica pocas veces sale de su rincón; en él suele encontrarse acartonada, reclusa, marginada” (L. Núñez Ladeveze, 1977, pág. 45). Esa ruptura y apertura que genera el derecho ambiental, al ser un rama multidisciplinaria e interdisciplinaria, es lo que genera la reacción de algunos “juristas” que temen perder su monopolio del saber logrado a través de la rigidez y esquematismo del positivismo; también genera reacción entre algunos técnicos que se sienten incómodos ante una rama del saber a la cual se habían habituado a verla como pasiva, egoísta y cerrada y la cual podían aplicar sin el más mínimo respeto a su lógica y naturaleza. El derecho ambiental ofrece una buena oportunidad para sacar al derecho de su rigidez impuesta por la tradición. En efecto, “El derecho (...) es una ciencia que, aún habiendo experimentado profundas transformaciones, entre otras las del historicismo y el sociologismo, no ha sabido despejar hacia un horizonte científico homogéneo y queda anclada por el peso de su poderosa y deslumbrante tradición. (...) Es una ciencia que se mueve todavía en discusiones a nivel de superficie, apesadumbradamente por la propia conciencia de su historicidad” (L. Núñez Ladeveze, 1977, pág. 218).

“Es pues una primera característica del derecho ambiental el ser multidisciplinario, abierto y en constante movimiento. y sobre todo ser un derecho de ruptura” (L. F. Macías, 1998, pág. 53).

En ese sentido la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad del derecho no puede concebirse como una forma de perder los principios de la ciencia jurídica. Es una necesidad interpretativa del derecho ambiental recurrir al conocimiento de otras ciencias, y esto lo hace problemático si el jurista y el operador jurídico no encuentran los límites entre las ciencias auxiliares y el orden jurídico, de ahí por qué ha sido calificado como derecho glorieta, es decir, receptor y distribuidor de conocimiento de diversas ciencias. Como dice el profesor Calvo García, *“De entrada, la necesidad de incorporar contenidos procedentes de otras disciplinas al campo del derecho como consecuencia de su materialización también abre espacios para un enfoque que propicie el diálogo entre expertos procedentes de diversos campos científicos; pero también, como consecuencia, se abren espacios de “no- derecho” y dimensiones informales en las dinámicas jurídicas actuales que dan entrada a nuevas formas de aproximación al conocimiento del derecho y a su práctica”* (M. Calvo García, 2005, pág. 13).

Esos espacios del no derecho tienden a ser colonizados por los llamados técnicos ambientales, quienes terminan interpretando la ley, desconociendo el rigor interpretativo de la ciencia jurídica y, de paso, dando al traste con la seguridad jurídica. Todo en nombre de una supuesta protección ambiental que en ocasiones tampoco es cierta, pues los juristas olvidan que el derecho no siempre logra sus objetivos. Desconocen también la diferencia entre técnica y ciencia; no tienen en cuenta que esta última está permeada por la incertidumbre y que la técnica es tan solo la aplicación de ella. Tienden a unificar la ciencia y la técnica con las consecuencias que ello conlleva, pues surge una nueva racionalización que necesariamente conduce a una forma de ideología, que es en última instancia lo que contiene el trasfondo del ambientalismo. Esta visión ha sido desarrollada por Habermas, en un texto en el cual muestra la relación entre ideología y técnica (J. Habermas, 1968).

En esa perspectiva el derecho ambiental surge como una forma de protección de la sociedad, como el instrumento de salvación de la especie humana, en fin, como el alfa y omega de la continuidad del planeta Tierra. Las normas ambientales y su aplicación están marcadas por esa nueva visión del derecho, que en el fondo es un poco mesiánica, y con una nueva racionalidad. El fin del derecho y, en consecuencia, la de sus operadores y juristas, convergen en esa finalidad, con lo cual *“El derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico la flexibilidad característica de las formas modernas de organización, lo cual va*

a suponer el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas a favor de un importante incremento de la discrecionalidad y las aperturas del derecho hacia todo tipo de presiones sociales y políticas y, en general, los criterios de oportunidad” (M. Calvo García, 2005, pág. 31). En ese contexto se mueve casi la totalidad del derecho ambiental, de las normas ambientales y su aplicación, las cuales terminan aplicándose más por un juego de intereses y procesos de negociación, que ha aparecido como respuesta al papel finalista del derecho ambiental, que como parte de la búsqueda de la eficacia y validez del derecho. Es decir, la respuesta de diversos sectores económicos y sociales al temor de una aplicación finalista del derecho ha sido la transacción, pues esta es vista en el contexto de un derecho nuevo (¿mesiánico?) como una forma adecuada de responder al logro de los fines propuestos. Es decir, la transacción es una muestra de buena voluntad en el afán de alcanzar la salvación del planeta.

De esta forma la eficacia del derecho se mide en *“... función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos”* (M. Calvo García, 2005, pág. 49). Esto significaría que el derecho ambiental entra entonces en una visión ética y, por ende, las instituciones jurídicas que de él hacen parte también se verían en esa misma óptica. No se pretende desconocer el contenido y valor ético del Derecho, sino tan solo poner de manifiesto que en ocasiones la norma forma parte de una moral cuya aplicación pretende hacerse en función de esta y no de los imperativos racionales de la ciencia jurídica. Es el caso del derecho al servicio de una convicción religiosa, y el medio ambiente tiende, en ocasiones, a ser convertido en religión.

Pero esa ética es entendida como moral y, así, el círculo se cierra para hacer del derecho un retorno a la moral, y sería inmoral todo aquello que no sea acorde con la protección ambiental.

Es en un contexto filosófico particular y propio de los tiempos contemporáneos en los cuales el derecho ambiental se ha venido desarrollando y consolidando. No en una visión unanimita, pero sí con cierta preponderancia de hacer prevalecer la existencia y defensa de la naturaleza por encima de la humanidad del hombre. Contexto innegable, pero a partir de una nueva visión de la naturaleza y del papel del hombre en ella, no en términos de prevalencia absoluta sobre aquella, sino en un proceso comunicativo diferente y una inteligibilidad del mundo distinta (L. F. Macías, 2007, pág. 135).

Sin embargo, esa relación del derecho con la ciencia no es nueva; ya desde los años 70 se ha venido hablando de ello, incluso de la relación con el derecho ambiental. Se tiene por ejemplo cómo el profesor D. F. Cavers, en 1966 hablaba del tema, como se desprende de la cita de Lasserre cuando señala que el derecho y la ciencia se encuentran cuando aquel se desprende de su función arbitral y sustenta sus decisiones en el conocimiento científico (V. Lasserre, 2015, pág. 16).

En cuanto al derecho ambiental se podría señalar que es un ejemplo de la enorme recurrencia a la técnica para la elaboración y la aplicación de las normas jurídicas, en cuanto las *“normas técnicas juegan un papel importante en la consagración de los valores ambientales. [...] Las normas ambientales obligatorias son emblemáticas para la integración de las ciencias, que se dicen, duras en las reglas del derecho, lo cual explica el carácter evolutivo en función del estado del conocimiento científico y su subordinación al poder de los expertos”* (V. Lasserre, 2015, pág. 39).

Algunos tratadistas hacen referencia al componente técnico reglado del derecho ambiental, señalando que la *“Normativa del Derecho ambiental incluye prescripciones rigurosamente técnicas que determinan y cifran los niveles de emisión o de inmisión, la altura de las chimeneas, las características de los motores, etc. Aspectos normativos sustanciales se contienen en simples Anexos y en cuadros de doble entrada que precisan las condiciones en que deben y en cuadros de doble entrada que precisan las condiciones en que deben realizarse las actividades afectadas. La discrecionalidad de la Administración y la propia labor del jurista se encuentra rígidamente encorsetada en el marco técnicamente precisado para la regulación de conductas”* (R. Martín Mateo, 1991, pág. 94).

El jurista queda atrapado en una jaula y laberinto del lenguaje técnico, lleno de cuadros, fórmulas y redacciones confusas de explicaciones que se incorporan en los anexos y tablas que hacen parte de la legislación. Ante esta situación, el intérprete jurídico se siente abrumado y hace caso de lo que se diga en las normas, olvidando que, si existe una norma jurídica, así contenga aspectos puramente técnicos, son los principios y las reglas del derecho los que deben prevalecer. Y cuando se genera duda sobre la técnica aparece el principio de precaución como el marco teórico que en nombre de la duda científica desplaza la duda jurídica.

En efecto, el principio de precaución es un buen ejemplo de cómo el derecho ambiental tiende a ceder su razón jurídica para dar paso a la duda

científica que exige la aplicación de la norma sin mayores análisis de seguridad jurídica, respeto a los derechos y a lo que es el orden jurídico de un Estado de Derecho.

Ahora bien, no se quiere con ello desconocer la importancia de ese principio, pero lo que se busca es llamar la atención sobre la idea de que los principios del derecho son mecanismos de ayuda a interpretación de la norma, mas no la norma en sí. El jurista debe entonces asumir una posición de firmeza al momento de aplicar el principio de precaución para mantenerse dentro del campo del orden jurídico y del Estado de Derecho evitando dejarse llevar por los avatares de la duda científica, en ocasiones acompañada del miedo a la crisis ambiental, para decidir únicamente en función de la *“duda técnica”*. En ese orden de ideas el jurista no puede convertirse en un actor pasivo receptor de preocupaciones sociocientíficas.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

El principio de precaución puede resumirse así: La ausencia de certeza científica no es excusa para tomar medidas en aras de la protección ambiental. La Declaración de Río de Janeiro de 1992, que en Colombia se incorpora en la legislación interna con efectos jurídicos a partir de la Ley 99 de 1993, mediante la cual se crea un sistema nacional ambiental y se regulan otros aspectos ambientales, lo define de la siguiente manera:

“PRINCIPIO 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

En primer lugar, debe señalarse que en ningún momento la declaración lo considera como un principio jurídico, sino como un principio de política pública para adoptar medidas en caso de peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, señalando que la duda científica, la cual sea dicho debe ser científicamente comprobada, no es excusa para tomarlas, medidas que a su vez deben ser eficaces en función de sus costos.

Si este principio se torna jurídico es necesario señalar que los principios jurídicos son, o bien una nor-

ma sustancial que se aplica ante ausencia de un marco regulatorio de un caso, o bien como un valor de orientación e interpretación de la norma. Vale la pena citar en extenso un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su Sala Civil, el cual permite precisar la naturaleza de un principio jurídico. Dijo la Corte:

“El vocablo principio puede entenderse en perspectiva diacrónica, originaria o, estructural y sincrónica, esto es, como elemento formativo, integrante y esencial de algo, la ‘parte más importante’ (Potissima pars principium est).

Los principios generales del derecho, constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, ‘fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de ‘jurisprudencia creadora’, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto’, a punto que, ‘[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor ‘integrador’ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la ‘modernidad’, no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como ‘derecho flexible’ (Fernando Hinestrosa, Des Principes Généraux du droit aux principes généraux des contrats, Uniform Law studies etudes de droit uniforme, Unidroit, ns. Vol. III, 1998-2/3; De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13).

Justamente, por la notable relevancia inmanente a estos principios, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ‘el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 como norma sustancial violada... abre el camino para la aplicación de los principios generales del derecho, entre ellos el que proscribe el enriquecimiento sin derecho en perjuicio de

otro’ (Cas. Civ. sentencia de 14 de agosto de 2007, Exp. No. 1997-01846-01).

Más recientemente, reiteró ‘que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho -en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo-, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar. [...] En ese mismo sentido, también se dijo que ‘los principios generales del derecho por sí solos también sirven como fundamento del recurso, aunque no aparezcan consagrados expresamente en una ley, pues el juez debe aplicarlos según el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...] Las referidas circunstancias, aunadas a el conjunto nutrido de fallos en que la Corte desarrolló los principios generales del derecho, dejan ver nitidamente que ellos como parte fundamental del ordenamiento jurídico pueden operar y, de hecho, se han admitido como norma de derecho sustancial cuya violación es susceptible de ser acusada a través del recurso extraordinario de casación” (Cas. Civ. sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01).

Así las cosas, un principio jurídico supone unos requisitos que en ningún caso desconoce el orden jurídico, por el contrario, lo complementan y fortalecen.

El problema con el principio de precaución surge en el momento en que se pretende convertir en principio jurídico para que, a partir de una duda científica, se decida conforme la ciencia lo dice, tornando jurídica una decisión técnica.

Continuando con fallos de las Cortes de Colombia, se tiene que la Corte Constitucional en el fallo C-595 de 2010 señaló respecto al principio de precaución y prevención que era una “postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”. Sin embargo, resaltó la importancia de distinguir el criterio de precaución, del principio de prevención que también ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en el ámbito del derecho internacional ambiental. Siguiendo el texto *Análisis del principio de precaución en derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea*, de Patricia Jiménez de Parga Masada, la Corte Constitucional

se refirió al principio de prevención como uno de los pilares del modelo preventivo de protección, cuya “finalidad o el objeto último (...) 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”. En este sentido, continuó, los principios de prevención y de precaución se distinguen en función del conocimiento científico del riesgo: “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 limitada 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”. Así, mientras que el criterio de precaución se basa en el riesgo de daño ambiental que no puede ser conocido anticipadamente con certeza, en el principio de prevención el riesgo es conocido antes de que se produzca.

Con base en esas consideraciones, la Corte Constitucional colombiana ha aplicado este principio en diversos casos de tutela de derechos fundamentales, recurriendo a la duda científica para tomar o exigir medidas con la finalidad de proteger los derechos fundamentales y colateralmente el medio ambiente.

En otros países, como Francia, el principio de precaución no ha sido reconocido como un principio del derecho, lo cual significaría que “la extensión de la influencia política y social del principio de precaución no ha encontrado, hasta el momento, consagración equivalente en el plano jurídico” (R. Vanneville – S. Gandreau, 2006, pág. 91).

En otros casos este principio ha sido considerado como de importancia dentro de la jerarquía legal, llegando a señalarse que “El principio (de precaución), en otras palabras, es inapropiado para demandar resultados especiales o particulares” (M. Stallworthy, 2008, pág. 154).

Es decir, que este principio, si bien en algunas latitudes es aplicado y reconocido como principio del derecho, no por ello genera dudas en su clasificación como tal, sobre todo porque a partir de una

duda científica, que debería ser previamente demostrada, no se pueden generar decisiones jurídicas o incluso tornarse en normas sustanciales ante la ausencia de dicha certeza.

Así las cosas, el derecho ambiental termina en una encrucijada cuando se intenta abordarlo jurídicamente, pues los componentes técnicos no podrían convertirse en determinadores de interpretación, y menos aún remplazar el orden jurídico.

CONCLUSIÓN

A partir de los años sesenta se inicia en el mundo una preocupación por los temas ambientales derivado de las críticas surgidas en esa época sobre el modelo de desarrollo y consumo de las sociedades. Se plantean riesgos para el medio ambiente, los recursos naturales y la biodiversidad.

Esta situación llevó a que se diera respuesta no solamente desde el campo político, sino desde el jurídico. En diversos países del mundo se inicia un proceso de expedición de normas tendientes a proteger el medio ambiente, con lo cual se perfila el surgimiento de un nuevo derecho: el derecho ambiental.

Esta nueva rama jurídica plantea a su vez interrogantes, por cuanto ya no se trata de regular las relaciones sociales, sino que, a medida que avanza el desarrollo tecnológico, se deben regular las relaciones sociales con el entorno, teniendo como marco de referencia las actividades humanas, pero también las nuevas tecnologías.

Así las cosas, el derecho se ve confrontado a una nueva realidad que en ocasiones lo ha conducido a replantearse varios de sus valores, incluso de sus principios. A su vez la ciencia y la técnica han invadido el lenguaje normativo, lo que a su vez ha generado que los juristas deban aprender ese nuevo vocabulario. En medio de esta situación se han propuesto principios tendientes a proteger el medio ambiente, como es el principio de precaución, que partiendo de la incertidumbre científica conlleva la necesidad de aplicar la norma en función de ese riesgo o a expedir nuevas normas.

Ante esto, el derecho queda confrontado a la ciencia como determinante de sus decisiones y aplicaciones, lo que a su vez puede generar riesgos para la seguridad jurídica y sobre todo para la protección de los derechos y el desarrollo de la razón de ser de un Estado Social de Derecho.

No se trata de negar la necesidad de proteger el medio ambiente, de ser estricto en la aplicación de las normas, lo que se busca en este pequeño escrito es una invitación a reflexionar desde el mundo jurídico sobre la forma en que los juristas deberán en un futuro aplicar las normas, reconocer la importancia de la ciencia, pero sin dejar de lado los principios del orden jurídico. Es el reto que le espera a las nuevas generaciones de abogados, técnicos, científicos y demás profesionales que de una u otra manera deberán aportar al desarrollo legislativo, buscando igualmente la transversalidad del derecho ambiental y sobre todo su incorporación en otras ramas del derecho, sobre todo aquellas que hacen parte del mundo corporativo, llegando a considerarse la necesidad de hacer referencia a un derecho ambiental corporativo.

Ese nuevo marco jurídico deberá hacer frente al cambio climático y a nuevas ciencias y necesidades de regulación en una sociedad cada vez más compleja, interconectada e hípertecnológica. El reto no es solamente de dar respuesta como operadores del derecho, sino como pensadores de la ciencia jurídica para que se conserven los valores de la humanidad y una sociedad capaz de convivir con el entorno, pero sin desconocer los principios que se han construido desde el derecho para la defensa del respeto a los derechos fundamentales, el Estado Social de Derecho y la Democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- M. Calvo García, *Transformaciones del derecho y del Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- A. Campbell Keller, *Science in environmental policy*. Cambridge: MIT, 2009.
- V. Ferrari, *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- J. Habermas, *Ciencia y técnica como "ideología"* (*Technik und wissenschaft als "ideologie"*, 1968), Madrid: Editorial TECNOS, 1986.
- H. Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1977.
- L. F. Macías, "El daño ambiental. Hacia una reflexión conceptual desde la filosofía del derecho y el derecho ambiental" (pp. 125 – 151), en *Daño Ambiental*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- L. F. Macías, *Introducción al derecho ambiental*, Bogotá: LEGIS, 1998.
- R. Martín Mateo, *Tratado de derecho ambiental*. Volumen I. Madrid: Trivium, 1991.
- L. Núñez Ladevese, *Lenguaje jurídico y ciencia social*, Madrid: AKAL Editor, 1977.
- M. Prieur, *Droit de l'environnement*. 7ª edición. París: DALLOZ, 2016.
- M. Stallworthy, *Understanding environmental law*, London: Sweet & Maxwell, 2008.
- R. Vanneuveille, – S. Gandreau, *Le principe de précaution saisi par le droit. Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution*, París: 2006.

LUIS FERNANDO MACÍAS GÓMEZ (*)

(*) Socio de Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Colombia).