



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO E INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

Principio precautorio a nivel internacional y su posible aplicación en
el derecho chileno

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

SEBASTIÁN BRAVO SÖHRENS
FABIOLA ELENA MENARES NÚÑEZ

Profesor Guía: Lucas Sierra Iribarren

Santiago, Chile

2011

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO E INCERTIDUMBRE
CIENTÍFICA**

Principio precautorio a nivel internacional y su posible aplicación en
el derecho chileno

SEBASTIÁN BRAVO SÖHRENS
FABIOLA ELENA MENARES NÚÑEZ

Profesor Guía: Lucas Sierra Iribarren 7.0
Profesor Evaluador: Rodrigo Polanco Lazo 6.8

Santiago, Chile

2011

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto constatar el problema de la incertidumbre científica en la decisión de un juez, principalmente en consideración al riesgo de un daño grave e irreversible al medio ambiente. Se intentará solucionar dicha situación dentro de un Estado Democrático de Derecho y de respeto al sistema de potestades normativas y garantías individuales.

En el primer capítulo de este trabajo se introduce al lector en cómo la Ciencia y el Derecho han estado fuertemente ligados, y como ellos son el reflejo de una sociedad que busca conocer, comprender y controlar su entorno.

En el segundo capítulo se presenta el concepto del Principio Precautorio, su contexto histórico, cómo éste se ha insertado en las distintas ramas del Derecho y cómo ha sido tratado por la doctrina.

El tercer capítulo constituye una revisión de la legislación Internacional que ha consagrado al Principio Precautorio y un análisis de la Jurisprudencia Internacional, para así otorgar un mejor entendimiento de cómo éste se ha aplicado.

En el cuarto capítulo se discuten las distintas alternativas de inclusión del Principio Precautorio a nuestra normativa interna.

En la conclusión se postula una solución de *lege ferenda* para una forma de inclusión del referido principio en nuestra legislación, en consideración al sistema de potestades normativas en un Estado Democrático de Derecho.

Finalmente se agregan reflexiones filosóficas, políticas, económicas y jurídicas que resultan pertinentes considerarlas al término de este trabajo.

Cabe enfatizar, que no es el tema principal de esta investigación el análisis específico del Principio Precautorio, sino que las posibles causas, efectos prácticos y consecuencias para la teoría política y jurídica del Estado Democrático de Derecho, el nacimiento y existencia de dicho Principio en nuestro país.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	- 1 -
Marco Teórico	- 1 -
Constatación del problema.....	- 8 -
Posible solución y programa de investigación	- 10 -
CAPÍTULO PRIMERO: CIENCIA Y DERECHO	- 13 -
I.1. La Sociedad Moderna.....	- 13 -
I.2. La Ciencia y en el Derecho Modernos.....	- 15 -
CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO.....	- 19 -
II.1. Principio Precautorio.....	- 19 -
II.1.1. El Principio Precautorio y su contexto histórico.....	- 20 -
II.1.2. El Medio Ambiente y el Derecho Internacional.....	- 21 -
II.1.2.1. El Sistema de Derecho Ambiental Internacional.....	- 21 -
II.1.2.2. Características de la Regulación Internacional del Medio Ambiente.....	- 23 -
II.1.2.2.1. Características Formales.....	- 23 -
II.1.2.2.2. Características Sustanciales.....	- 25 -
II.2. Elementos del Principio Precautorio.....	- 26 -
II.2.1. Anticipación Preventiva:.....	- 27 -
II.2.2. Salvaguardia:.....	- 27 -
II.2.3. Proporcionalidad:.....	- 28 -
II.2.4. Deber de cuidado:.....	- 28 -
II.2.5. Promoción de la causa de derechos naturales intrínsecos:.....	- 28 -
II.2.6. Pago por la pasada deuda ecológica:.....	- 28 -

II.3. Distintas interpretaciones que condicionan las políticas estatales para aplicar el Principio Precautorio.....	- 29 -
--	---------------

CAPÍTULO TERCERO: PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL..... - 31 -

III.1. Antecedentes Generales.....	- 31 -
III.1.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972).....	- 32 -
III.1.2. Declaración de Nairobi (1982).....	- 32 -
III.1.3. Carta Mundial de la Naturaleza (1982).....	- 33 -
III.1.4. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono (1987).....	- 34 -
III.1.5. Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992).....	- 34 -
III.1.6. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (3 al 14 de junio de 1992).....	- 35 -
III.1.7. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (4 de junio de 1992).....	- 36 -
III.1.8. Convención sobre Diversidad Biológica (5 de junio de 1992).....	- 37 -
III.1.9. Declaración de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (4 de julio de 1995).....	- 37 -
III.1.10. Declaración de Wingspread (1998).....	- 38 -
III.1.11. Comunicación adoptada por la Comunidad Europea sobre el Principio Precautorio (2 de febrero de 2000).....	- 38 -
III.1.12. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (29 de enero del 2000).....	- 39 -
III.2. El Principio Precautorio en los Tribunales Internacionales.....	- 40 -
III.2.1. La Normativa de la OMC y el Principio Precautorio.....	- 40 -
III.2.2. El Sistema de Solución de Controversias de la OMC.....	- 47 -

III.2.2.1. Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas).	- 49 -
III.2.2.2. Japón — Medidas que afectan a los productos agropecuarios. -	53 -
III.2.2.3. Comunidades Europeas — Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto (Asbesto).	- 55 -
III.2.3. Casos importantes ante otros Tribunales Internacionales de los cuales Chile es Miembro.	- 59 -
III.2.3. Corte Internacional de Justicia (CIJ).	- 59 -
III.2.3.1. Nueva Zelandia vs. Francia. Caso Ensayos Nucleares en Mururoa.	- 59 -
III.2.3.2. Tribunal Internacional del Derecho del Mar.	- 61 -
III.2.3.2.1. Australia y Nueva Zelanda vs. Japón: Caso del Atún de Aleta Azul.	- 62 -
III.2.3.2.2. Irlanda vs. Reino Unido. Caso sobre la Planta de MOX.	- 63 -
III.2.4. Conclusiones a propósito de la jurisprudencia internacional estudiada.	- 65 -
CAPÍTULO CUARTO: EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL ¿SE PODRÍA APLICAR EL “PRINCIPIO PRECAUTORIO” EN CHILE?	- 67 -
IV.1. Palabras Preliminares.	- 67 -
IV.2. ¿Responsabilidad Civil Extracontractual?	- 69 -
IV.2.1. No se ha consumado el “daño”, por tanto no está la condición y medida de la responsabilidad extracontractual.	- 70 -
IV.2.2. Al no existir daño, tampoco está claro quiénes serían las “víctimas”.	- 71 -
IV.2.3. Como no existe daño no hay claridad en cuanto la “relación causal”.	- 72 -
IV.2.4. Al no existir daño ni relación causal cierta, tampoco se tiene certeza a propósito del “agente” generador del daño.	- 73 -
IV.3 ¿Responsabilidad penal por “posible” daño ambiental?	- 74 -

IV.4. Responsabilidad Ambiental consagrada en la Ley 19.300 Ley General de Bases del Medio Ambiente (LGBMA).	- 76 -
IV.4.1 El Tratado sobre Daños provenientes de derrames contaminantes de hidrocarburos.	- 79 -
IV.5 Posible Aplicación Vía Recurso de Protección:	- 80 -
CAPITULO QUINTO: CONCLUSIONES	- 85 -
V.1. Democracia y Principio Precautorio:	- 85 -
V.2. Propuesta de Legislación.	- 87 -
V.2.1 Recomendaciones Formales para la incorporación del Principio Precautorio en nuestra legislación.	- 89 -
V.2.2 Recomendaciones Materiales o Sustanciales para la incorporación del Principio Precautorio en nuestra legislación.	- 89 -
V.3 Comentarios Finales.	- 97 -
BIBLIOGRAFÍA	- 101 -
I. Entrevistas	- 101 -
II. Fuentes Oficiales.	- 101 -
III. Otras Fuentes	- 103 -

INTRODUCCIÓN

Marco Teórico

Nuestro trabajo puede ser comprendido dentro del concepto moderno de Derecho, con la manifiesta tendencia de diferenciar lo que se consideraba “creación” y “aplicación” del Derecho, es decir, de aquella doctrina que se caracteriza por la distinción tajante entre la creación del Derecho por parte del legislador y la aplicación del Derecho por parte de tribunales de justicia.

Como es sabido, el Positivismo Jurídico hunde sus raíces en los principios de la Ilustración (con las teorías de la soberanía popular y la división de poderes; la Revolución Francesa que intentó poner en práctica las principales ideas de los pensadores de la Ilustración), y la codificación napoleónica que es una consecuencia casi necesaria de la separación de poderes, doctrina que mantiene su vigencia hasta nuestros días (BULYGIN; 2001: 427).

La separación entre el *poder legislativo* como poder político por excelencia, ejercido por el parlamento compuesto por los representantes del pueblo¹ (legitimidad democrática), encargado de la creación del Derecho y el *poder judicial*, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales, cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por un poder legislativo, es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la Ilustración para la organización política y jurídica del Estado. En palabras de Montesquieu:

¹ Para MONTESQUIEU, “Como el Estado libre todo hombre deber estar gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo en masa tuviera el poder legislativo; pero siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo”. MOSTESQUIEU. Del Espíritu De Las Leyes. Versión de Nicolás Estévanez. Tomo Primero. Casa Editorial Garnier Hermanos. París. P. 228. 1921.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos: como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor (MONTESQUIEU; 1921: 225).

Es importante tener en cuenta la fe que el Derecho moderno tiene en el formalismo jurídico como garantía de la libertad:

Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad (...) Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad. (VON IHERING; 1998: 641).

Con las citas transcritas, queda de manifiesto que durante el auge del positivismo en el siglo XIX existía una gran desconfianza social y política frente a la discrecionalidad en las decisiones de los jueces.

Este planteamiento teórico no sólo supone una división tajante entre la *creación* y la aplicación del derecho, sino además exige –para que los jueces estén en condición de cumplir su función en forma objetiva- el Derecho suministre a los jueces la

posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales y abstractas.

Al mismo tiempo, garantizó a las partes del juicio, la independencia del juez en relación a los otros poderes del Estado, a la contraparte o cualquier interés patrimonial relacionado con el objeto del juicio².

Esto implica que el Derecho ha de ser “completo” y “coherente” (BULYGIN; 2001: 428) en el sentido que debe presentar solución para todo problema que sea sometido al juez y que dicha solución no sea incompatible con ninguna otra norma (conflicto de normas), ni tampoco falta norma que resuelva el caso (lo que, tradicionalmente, se llama “laguna jurídica”).

En este orden de ideas, Montesquieu definió la función de la judicatura de la siguiente forma:

Los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma. (MONTESQUIEU; 1921: 234).

Tan persistente es esta idea en los órdenes jurídicos modernos que tienen su origen en la codificación napoleónica, que se da por supuesto que el Derecho es

² En Chile, el Artículo 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales, garantizan la independencia de la judicatura en relación a la potestad legislativa y potestad ejecutiva del Estado. Los artículos 194 al 205 del Código Orgánico de Tribunales y el Título XII del Libro I del Código de Procedimiento Civil tratan las implicancias y recusaciones, instituciones que buscan la imparcialidad del juez respecto de posibles relaciones de amistad o enemistad con alguna de las partes del juicio o algún tipo de interés personal en el resultado de la causa.

siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y sólo una respuesta a todo problema jurídico (BULYGIN; 2001: 428).

La codificación napoleónica puede considerarse como una derivación necesaria de la teoría de la separación de poderes, toda vez que la codificación de grandes sectores del derecho –derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, derecho procesal- significó, tras un largo período de dispersión jurídica, la posibilidad de una jurisprudencia “segura” con todas sus consecuencias para la protección de los derechos de los ciudadanos. La codificación significó asimismo la consolidación escrita y el afianzamiento de las posiciones jurídicas respecto de la arbitrariedad estatal y las innovaciones judiciales, todo lo cual constituye una condición de primer rango en nuestra concepción actual de la justicia propia del Estado de derecho. La seguridad jurídica alcanzada por medio de la codificación no sólo significó que la actuación judicial fuera más predecible, que el individuo pudiera situarse mejor ante la futura jurisprudencia que podría afectarle, y que se pudiera consultar en libros accesibles a todo el mundo qué derechos y obligaciones tenía; significaba también que existía la posibilidad de comprobar con mayor exactitud la corrección de actuaciones judiciales – bajo el supuesto, ya explicado, de que el mencionado carácter correcto consistía en la concordancia entre la actuación judicial y lo exigido por la ley. (HASSEMER; 2002: 204).

El Estado Democrático de Derecho partió de la base del respeto del individuo, constituyendo la igualdad ante la ley y la certeza jurídica las principales garantías que el Estado intentó proteger y promover, imponiendo reglas generales y abstractas que debían ser conocidas por todos, evitando que las decisiones de los jueces vulneraran tales derechos.

De esta manera, el supuesto básico de que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente, parece ser una condición necesaria para poder exigir al juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin

introducir modificaciones o cambios en las normas generales (BULYGIN; 2001: 428) y así velar por la igualdad en la aplicación de la ley, como una obligación del Estado y como un derecho de los ciudadanos.

En Chile, el concepto de Derecho como un sistema “completo” y “coherente” se ve reflejada en las actuales exigencias que la Constitución y la ley imponen a los jueces:

- i) Las resoluciones de los jueces deben ser fundadas en normas jurídicas (Principios de Sujeción del juez a la ley y de Fundamentación de las Sentencias).

Los jueces están obligados a resolver todos los casos mediante sentencia fundadas en normas jurídicas – se trata de un “poder- deber” de los jueces- ya que, si bien es una facultad, al mismo tiempo constituye un derecho de los ciudadanos.

Asimismo, se establecen tribunales jerarquizados y el sistema de recursos procesales (recurso de apelación, recursos de casación, nulidad, etc.) para garantizar la debida aplicación la ley.

- ii) Los Jueces tienen la obligación de resolver todos los casos (Principio de Inexcusabilidad) que dentro de sus competencias fueran planteados y, si bien la competencia de un juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo problema jurídico siempre ha de haber un juez competente.

Esta construcción teórica se ve claramente reflejada en el siguiente artículo de la Constitución Política de la República:

Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Además, el artículo 170 N° 4 y N° 5 del Código de Procedimiento Civil (CPC), artículo 342 letras c) y d) del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), artículo 458 N° 5 y N° 6 del Código del Trabajo, etc., imponen la obligación al juez de justificar su decisión conforme al Derecho vigente so pena ser objeto de recursos procesales, tales como recursos de apelación (Art. 186 y siguientes del CPC) y casación en el fondo (Art. 767 del CPC), excepciones dilatorias (Art. 303 CPC), incidente de nulidad (Art. 83 del CPC) y recurso de casación en la forma (Art. 768 del CPC). En materia penal se contempla el recurso de nulidad (Art. 373 letra b) del NCPP.

En cuanto a la forma de tomar las decisiones, el destacado jurista Eduardo Couture, al referirse al *Due process of law*, concluye:

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía del debido proceso consiste, en último término, el no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de

una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario. (Couture; 1998: 51).

En conclusión, el Estado Democrático de Derecho no sólo impone al juez la obligación de decidir conforme a la ley, sino que además impone cómo se deben entender los hechos y sustanciar el procedimiento, resultando razonable y conveniente la creación de: (i) normas generales y abstractas a través de la codificación³; (ii) normas sobre cómo debían entenderse otras normas (leyes sobre interpretación⁴); (iii) normas sobre cómo debían entenderse los hechos en los procedimientos concretos (normas sobre admisibilidad y exclusión de medios de prueba⁵, carga de la prueba⁶ y valoración de la prueba⁷) y, finalmente, para controlar que todo lo anterior se cumpla, se contemplan (iv) recursos procesales cuya finalidad es precisamente la debida aplicación de las leyes de fondo y de forma⁸.

³ Ejemplos: Código Civil, Código de Comercio, Código Penal, etc.

⁴ Artículo 19 al 24 del Código Civil.

⁵ Ejemplos: Artículos 1699, 1707, 1708, 1709, 1710, 1711 del Código Civil; Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil; Párrafos 5º, 6º y 7º del Título III del Libro II del Código Procesal Penal; Artículos 453, 454, y 455 del Código del Trabajo.

⁶ Un ejemplo es el Artículo 1698 del Código Civil.

⁷ Ejemplos: Artículo 1713 del Código Civil, Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículo 456 del Código del Trabajo.

⁸ Ejemplos: Recurso de Casación en la Forma y Fondo, consagrados en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; Recurso de Nulidad en el nuevo proceso penal regulado en el Título IV del Libro III del Código Procesal Penal.

Constatación del problema

Es sabido que los partícipes paradigmáticos del Derecho son el juez y los abogados de las partes en un juicio. Mediante argumentos, cada una de las partes intenta persuadir al juez para que adopte una decisión en su favor. El juez, finalmente, adopta una decisión que tiene que fundamentar mediante argumentos, haciéndose cargo de los argumentos de las partes. En esta práctica, el Derecho se presenta inmediatamente como un complejo de razones justificatorias: las partes justifican sus pretensiones invocando el Derecho y el juez justifica su decisión como una consecuencia del Derecho que se declara aplicable al caso (BASCUÑÁN, 1998: 3).

Precisamente, el punto de partida de nuestro trabajo será uno de estos partícipes paradigmáticos del Derecho: el juez, cuyo problema radica, principalmente, en la eventual aplicación directa del Principio Precautorio, tal como ha sido reconocido internacionalmente en la Convención de Río de Janeiro en el año 1992, en virtud del cual podría no permitir, condicionar o detener determinadas actividades económicas o la comercialización de ciertos bienes, fundamentando su decisión en posibles daños graves e irreversibles para el medio ambiente. La Convención en cuestión, en su principio número 15 establece lo siguiente:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio precautorio 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.

Cabe destacar que actualmente en Chile las decisiones administrativas y judiciales son doblemente discrecionales a propósito del problema ambiental. Por un lado, no existe ley específica que regule el conflicto en torno a la “antinomia” de intereses igualmente protegidos por el Derecho (crecimiento económico, desarrollo tecnológico y derecho laboral versus protección al medio ambiente y la salud) y, por otro lado, tampoco se encuentra regulado su procedimiento.

Fácilmente, en Chile se pueden encontrar más de 800 páginas sobre legislación sectorial de relevancia ambiental, sin que exista un espíritu unívoco de legislación que refleje fielmente cuál es la política ambiental de nuestro país. No existe ley que señale una planificación clara que especifique los derechos y obligaciones de cada uno de los involucrados en el problema ambiental tanto sustancial como procesal.

Lo que actualmente existe es una “ley ambiental en blanco” (en sentido metafórico de la cuestionada “ley penal en blanco”), en la que se entrega a la administración y a tribunales la misión de sopesar intereses igualmente válidos para el Derecho. Lo anterior es tremendamente peligroso, toda vez que se trata de una materia delicada, cuyas decisiones necesariamente repercutirán en el futuro de una ciudad, región o un país completo.

Posible solución y programa de investigación

Considerando que la ley es la manifestación de la voluntad soberana⁹, representada principalmente por el Parlamento y el Presidente de la República (Colegisladores), es el medio legítimo para planificar y delimitar entre intereses individuales y colectivos, procurando resguardar el derecho de todos los interesados de participar en los procedimientos en los cuales tales delimitaciones sean discutidas (*due process of law*) la solución es legislar el Principio Precautorio en Chile.

Sólo a través de políticas claras planificadas a través de leyes generales y abstractas, cada potestad del Estado podrá cumplir un rol a propósito de la implementación del Principio Precautorio, respetando las garantías individuales y los fundamentos de un Estado Democrático de Derecho.

Por otro lado, en términos de eficacia, si lo que se desea es realmente proteger el medio ambiente como un problema global, no es suficiente (ni útil) que la decisión sea tomada por un solo Estado (o parte de éste, como un juez) sino que debe ser una regulación general y coordinada a nivel internacional. De esta manera, la solución no sólo será la dictación de una ley, sino que dicho cuerpo legislativo deberá estar coordinado con las normativas internacionales.

Sólo a través de una regulación general y abstracta, coordinada con las directrices internacionales, la protección del medio ambiente por parte de un Estado no constituirá una barrera técnica al comercio internacional de bienes y, por otro lado, tampoco vulnerará las garantías individuales ni al sistema de potestades normativas de un Estado Democrático de Derecho.

⁹ Conforme al Artículo 1 del Código Civil, y entendiendo como soberana a la nación conforme al Artículo 5 Constitución Política de la República.

Considerando lo anteriormente planteado, la conclusión de este trabajo será una propuesta de legislación que incluya al Principio Precautorio en nuestra normativa interna, atendiendo los presupuestos de un Estado Democrático de Derecho, especialmente la distinción de potestades y el respeto a las garantías individuales y, que al mismo tiempo, incluya los delineamientos normativos internacionales sobre la materia.

Para que nuestra conclusión contenga todos los aspectos que nos interesan, realizaremos una investigación que incluirá un cotejo de la historia de la Ciencia y del Derecho, un estudio del concepto de Principio Precautorio -de su regulación y aplicación internacional- y un análisis de la normativa interna. También, entrevistaremos a abogados destacados tanto en el mundo académico como en el ejercicio de la profesión.

En el primer capítulo el cotejo de la historia de la Ciencia con el desarrollo del Derecho tendrá por finalidad demostrar que los paradigmas al interior del mundo científico repercuten inevitablemente en el Derecho y que, el Principio Precautorio es el reflejo jurídico de una comunidad científica que dejó de creer en su propia certeza.

El concepto de Principio Precautorio su historia y elementos serán abordados con profundidad en el capítulo segundo con el propósito de ofrecer al lector un punto de partida para el análisis que luego realizaremos.

Durante el análisis de la realidad internacional del Principio Precautorio que se realizará en el tercer capítulo, inicialmente haremos referencia a las consagraciones en tratados y acuerdos, posteriormente, comentaremos la aplicación e interpretación del

Principio Precautorio por parte de los tribunales internacionales, para descubrir a nivel práctico, que elementos han resultado relevantes en su aplicación,

En el capítulo cuarto se hará referencia a todas las áreas del derecho interno que se ven involucradas en el problema ambiental, como el derecho constitucional, civil, económico y laboral. Se dará énfasis a las contradicciones internas ineludibles de las garantías constitucionales involucradas en el problema ambiental lo que ampliaría la discrecionalidad en la judicatura.

Las entrevistas antes mencionadas tendrán como objeto identificar qué aspectos son relevantes para un abogado destacado en la Academia y en qué medida coinciden con las consideraciones de un especialista en el ejercicio de la profesión.

Finalmente, en el capítulo quinto presentaremos al lector nuestra propuesta legislativa para incluir al Principio Precautorio en nuestra normativa interna, ella será elaborada recogiendo las conclusiones y elementos que se presentaremos en los capítulos previos.

CAPÍTULO PRIMERO: CIENCIA Y DERECHO

I.1. La Sociedad Moderna.

Cabe considerar que la “lógica” y la “abstracción” para observar el entorno - inherente a la forma de analizar el mundo en la modernidad- no han estado presentes en la mente de todos los individuos a lo largo de la historia de la humanidad. Investigadores han señalado que el hombre primitivo tenía un modo prelógico de pensar; con ello, probablemente, se refieren a las prácticas mágicas o religiosas. (FRANKFORT, 1988: 15).

De esta manera, la diferencia fundamental del hombre moderno con el antiguo, radicó en la relación que cada uno tiene con el medio que los rodea. Para el moderno, quien se apoya en la ciencia, el mundo de los fenómenos es, ante todo, un “ello”, algo impersonal, mientras que para el hombre primitivo, es personal, se trataría de un “tú”, teniendo un tipo de conocimiento directo, emotivo y desarticulado.

En efecto, los paradigmas involucran un tipo de “individuo” y “sociedad” radicalmente nuevos: el individuo moderno es totalmente diferente al medieval; no sólo hasta un universo y un mundo social diferente, sino que se ve a sí mismo desde una perspectiva completamente nueva.

La revolución epistemológica¹⁰ que implicó la revolución científica tiene su correlato en el surgimiento del humanismo liberal y, a partir de ambos procesos, puede esclarecerse la antropología que trae implícita. (DOCKENDORFF; 2000: 10).

Cecilia Dockendorff en su obra “Los árboles no dejan ver el bosque. Una mirada a la metacultura de la modernidad”, nos señala que dentro de tales cambios se encuentran principalmente los siguientes:

- i) Del pertenecer armónico al hacerse cargo.- La ruptura del todo orgánico no sólo cambió las relaciones de los individuos entre sí, sino al hacer al propio sujeto, a cargo de sí mismo, le quitó la tranquilidad básica que derivaba de la seguridad, la pertenencia, la continuidad, la inserción en el todo. Ya no hay nada dado, preexistente, en el cual el individuo se ubica y cumple su función. Ahora todo puede ser, depende de él. Su ubicación y su función en el mundo están abiertas ante sí, indeterminadas. El ser sujeto significa al individuo perder su armonía básica con su entorno natural y social. Debe planificar, deliberar, decidir, correr riesgos. Debe definir por sí mismo el sentido de su vida al perder su lugar en la comunidad y en el Universo.

- ii) De la ley sagrada a la ley negociada.- Perdido el espíritu colectivo que inspiraba la ley consuetudinaria bajo cuyo dominio el ser humano era objeto pasivo, ahora debe asumir su rol de sujeto y crear su propio ordenamiento social. Poner orden es crear leyes. El crear leyes significa el pensar el ser persona, pensar en sus derechos, sus deberes. El individuo se hace problemático a sí mismo. Surgen visiones distintas, incluso opuestas, de la naturaleza humana. El ser humano ya no sabe a ciencia cierta quién es ni cómo va a actuar bajo tales y

¹⁰ La palabra “epistemología” será entendida como la operación de comprender las circunstancias bajo las cuales se determina el saber. La pregunta no es ¿Qué es lo que sé?, sino ¿Bajo qué circunstancias sé lo que sé?

cuáles circunstancias. Debe contentarse con aproximaciones, hipótesis y, en la práctica, con el ensayo y error, por muy traumático que resulte ser. Su incertidumbre se compensa con su libertad para experimentar, para ensayar, para enmendar rumbos.

- iii) Del pasado al futuro.- La orientación temporal básica cambia radicalmente al individuo medieval al moderno. El referente principal en la Edad Media era el pasado, las tradiciones, la época gloriosa de la encarnación de Dios en la Tierra. El presente era vivido como mantención de un mundo originado en el pasado.

El individuo moderno, sujeto de su propio destino, debe mirar hacia el futuro porque debe construir el futuro. El tiempo ha dejado de ser cíclico y repetitivo para él y se abre hacia delante esperando que él lo llene de contenido. (DOCKENDORFF, 2003: 11). La realidad se torna un universo lleno de decisiones que tomar.

I.2. La Ciencia y en el Derecho Modernos.

El control es, entonces, la principal ambición del hombre moderno, tanto en el ámbito tanto natural como social. “La técnica moderna está limitada completamente al ámbito de lo empíricamente constatable, es una técnica naturalista e iluminista. Una técnica fundada en la confianza en que todo puede ser analizado. Una técnica para la que, en principio, no hay misterios (PÉREZ, 1998: 197).

El Derecho ha sido interpretado de manera distinta durante las diferentes épocas de la historia de la humanidad. Por ejemplo, dentro de nuestro mundo occidental podemos distinguir la crudeza de la ley del Tali3n, el formalismo del Derecho Romano, lo sustancial y religioso del Derecho Can3nico, hasta llegar al Positivismo Jur3dico de la modernidad.

La b3squeda de “certeza”, de leyes generales y abstractas capaces de predecir y resolver la soluci3n al problema, es una ambici3n que acompa3n3 al hombre moderno y que se reflej3 en su conocimiento o saber leg3timo, la Ciencia, y, en la forma de enfrentar los conflictos intersubjetivos a trav3s del Derecho.

A trav3s de la Ciencia se buscaba conocer, predecir y controlar el mundo natural. Toda acci3n tiene una reacci3n, tiene un *c3mo* y un *por qu3*, (relaci3n causa/efecto) y, a trav3s de las normas jur3dicas, se busc3 predecir y controlar los problemas entre los individuos. No es de extra3nar que precisamente alguien como Napole3n admirara a los cient3ficos de su 3poca, aun sin importar del pa3s de donde proven3an¹¹.

La Ciencia nos entregaba la forma de ver el mundo que el Derecho posteriormente regulaba. De hecho, la historia lo confirma: “durante siglos, la comunicaci3n entre ambos saberes no pudo ser m3s 3ntima, pues concurr3a en las mismas personas” (ESTEVE; 1999: 13).

El concepto positivista de Ciencia, que domin3 entre los te3ricos del Derecho durante el 3ltimo tercio del siglo XIX, reflej3 la autoridad que las ciencias mantienen sobre el Derecho que, si ya no puede asumir los resultados de aqu3llas, aspira al

¹¹ <http://www.historiasdelaciencia.com/?p=200>

menos a mantener sus métodos. De esta manera, lo más probable es que sin Galileo ni Descartes no habría sido posible la fase lógico-sistemática del Derecho.

El período de la Ilustración, los avances de las ciencias teóricas y físicas, tendrán una marcada influencia también en las doctrinas políticas. “Así ocurre con el concepto mismo de ley, que se construye bajo el impactante influjo de la física de Newton que tanto contribuye a ensalzar la ley hasta su práctica de sacralización como enunciado infalible y regla inexorable” (ESTEVE; 1999: 15).

En el siglo XX se pensó que el *legal darwinism*, que llegó a ser doctrina dominante, se reflejó en el Derecho de la Libre Competencia. Los avances de la biología y las ciencias médicas llegan también a sugestionar a los ius-publicistas alemanes a concebir el Estado como organismo, y tratan de elaborar una teoría de la organización tomando como referencia la que ofrece la biología, tan pujante entonces en la órbita germana.(ESTEVE; 1999: 16).

El hombre moderno, lo que se refleja en la Ciencia y en el Derecho, comprende los fenómenos a partir no de sus peculiaridades, sino en aquello que es posible convertirlos en “leyes generales”¹².

¹² Sir Isaac Newton desarrolló el concepto de gravitación universal y las leyes que la rigen, partiendo de tres grupos de fenómenos que se encuentran enteramente desvinculados para el observador: caída libre de los cuerpos, el movimiento de los planetas y la sucesión de la marea (FRANKFORT, 1988: 29). La búsqueda del concepto y lo abstracto se vio reflejado en la gestación del Código Civil Alemán o BGB, en el cual hubo un trabajo doctrinario de casi décadas; su redacción comenzó en 1881 y entró en vigor en 1900. El trabajo incluyó definir conceptos como “ley” o “contrato”, entre otros. El Derecho Civil alemán marca, de esta manera, la diferencia con el *common law*, en virtud del cual no existen conceptos predeterminados y todo se va resolviendo en consideración a las particularidades de cada caso concreto. La diferencia entre el Derecho Civil alemán y el Derecho Civil inglés son las mismas diferencias que en filosofía de la ciencia se pueden observar entre hipotéticos deductivos e inductivistas.

Se convirtió en parte del “sentido común” la idea que para todas las preguntas genuinas existe sólo una respuesta verdadera, y que estas respuestas son, en principio accesible, sólo a través del pensamiento racional.

Esta idea arraigada en el inconsciente colectivo de la sociedad occidental, de existir sólo una respuesta verdadera a toda pregunta genuina, se ve reflejada en la visión decimonónica de legislador y juez, en el supuesto que “analíticamente” el juez aplicaría la ley al caso concreto la misma solución establecida, en abstracto, por el legislador.

Precisamente, justo cuando la Ciencia se creía certera para explicar la causa y efecto de los fenómenos (siglo XVIII y XIX), el Derecho incluyó dentro de la responsabilidad, tanto civil como penal, el concepto de relación causal; y cuando la Ciencia ya no confió en su certeza (siglo XX y XXI), en el Derecho nacieron las condiciones necesarias para que surgiera el Principio Precautorio.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

El reto no es ya, así, el dominio de la naturaleza y sus peligros, sino el dominio de la técnica y sus riesgos (ESTEVE; 1999: 10).

II.1. Principio Precautorio.

El Principio Precautorio mezcla la ética con la Ciencia, el desarrollo tecnológico y el Derecho. Se presenta, principalmente, como una máxima en las distintas políticas a propósito del desarrollo económico y de la protección del medio ambiente.

El desarrollo tecnológico se ha justificado plenamente en la eliminación de peligros naturales y en la satisfacción de necesidades básicas, un objetivo alcanzado en las sociedades occidentales, mientras otras siguen luchando por la supervivencia. Pero, tal logro no es inocuo: ella misma genera riesgos que no tienen así su origen en la naturaleza indómita e inescrutable, sino en la propia actividad humana.

El hecho es que la metafóricamente llamada “venganza de la naturaleza” ha colocado al hombre moderno en la ineludible necesidad de establecer un sistema de protección jurídica que resguarde las condiciones que hacen posible la vida.

En efecto, a nivel internacional para lograr la protección del medio ambiente, se ha avanzado hacia un concepto más unívoco de “medio ambiente” como un bien jurídico a proteger, independiente de la vida y la salud humana, abandonando el antropocentrismo clásico del Derecho Moderno que sólo reconoce al ser “humano” -no vegetal ni animal- como sujeto que puede ser titular de derechos.

II.1.1. **El Principio Precautorio y su contexto histórico.**

Los orígenes del Principio Precautorio podrían ser trazados a tiempos inmemoriales, pues, enraizado en su concepto esta el instinto natural de la cautela, mas como principio jurídico del medio ambiente, podemos encontrar sus primeros antecedentes en Alemania donde, en el año 1974, se promulgó el Principio Precautorio, en alemán, *Vorsorgeprinzip* (COMEST; 2005: 9).

La experiencia alemana, no fue más que un primer germen en el diseño del Principio Precautorio, porque fue la Declaración de Río, hecha al alero de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible del año 1992, la que entregó la fórmula más usada del Principio Precautorio:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio precautorio 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.

El Principio Precautorio ha estado presente en la escena internacional en el contexto de la contaminación marina, a través de la Declaración Ministerial de la “Segunda Conferencia sobre Protección del Medio Ambiente” de 1987 pero ya se anunciaba en el preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985. Posteriormente -y tal como detallaremos durante este capítulo- el

Principio Precautorio fue rápidamente adoptado en numerosos tratados multilaterales y declaraciones internacionales.

II.1.2. El Medio Ambiente y el Derecho Internacional.

La preocupación por el medio ambiente como tema principal, por parte del Derecho Internacional, es relativamente reciente. Sólo a partir del siglo XX comenzaron las primeras regulaciones propiamente ambientales. Anteriormente, en su mayoría, sólo habían sido regulaciones sectoriales, como por ejemplo, el Art. XX del GATT/OMC.

II.1.2.1. El Sistema de Derecho Ambiental Internacional.

Según algunos, el Derecho Ambiental lo podemos definir como “el conjunto de normas jurídicas que están orientadas a la protección de la biósfera” (considerando la tecnosfera). En tanto escenario que hace posible la vida, el Derecho Ambiental es el “conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.” (BRÑES; 1994: 16 y 27). De esta manera, el Derecho Ambiental tiene que ver con la continuidad de la vida sobre la Tierra.

El profesor Gonzalo Cubillos dice que “estudiar el Derecho Ambiental es estudiar el derecho que limita la actividad empresarial.” (9º Diálogo Ambiental, Facultad

de Derecho, 9 de julio de 2009). Tal definición nos trae a la mente el Art. 21 de la Constitución Política, el cual establece el Principio de Reserva Legal para establecer beneficios directos o indirectos o establecer gravámenes especiales a algún sector económico determinado¹³.

Para otros, el Derecho Internacional Ambiental correspondería a “todas aquellas normas públicas y privadas, relevantes para resolver el problema ambiental, sea el Derecho del Mar, derechos humanos y el derecho económico internacional, entre otros. En definitiva, serían derecho ambiental, todas aquellas normas que cabe considerar al resolver un conflicto ambiental” (BIRNIE and BOYLE; 2002: 2).

Es interesante observar que la primera definición mira la naturaleza, el entorno, mientras que la segunda mira a la empresa, y la tercera es funcional, mira el conflicto.

Clásicamente, se distingue entre la denominada “legislación sectorial de relevancia ambiental” y la “legislación propiamente ambiental”. Las primeras se pueden observar a nivel nacional como internacional, son todas aquellas normas que tratan los bosques, flora, fauna, etc., regulando de manera sectorial cada uno de los elementos del medio ambiente, sin considerar, por lo general, las relaciones que existen entre ellos y con otros elementos ambientales (BRAÑES; 1994: 38). Las normas “propiamente ambientales” se encontrarían organizadas como un ordenamiento jurídico exclusivamente relativo al medio ambiente (BRAÑES; 1994: 39).

El GATT/OMC que ha inspirado la mayoría de los Tratados de Libre Comercio, considera en su Artículo XX excepciones a la libertad de comercio de bienes en consideración a la protección ambiental.

¹³ El actual Artículo 63 N° 2 en relación al Artículo 19 N° 22 inciso 2º, ambos de la Constitución Política, establecen el Principio de Reserva Legal para establecer límites a la actividad económica.

A nivel nacional, normas sectoriales en materia penal sobre incendios, civil en ocupación, responsabilidad regulan el problema ambiental y la relación hombre/naturaleza. Algunos ejemplos de legislación nacional sectorial de relevancia ambiental son los arts. 937, 941, 942, 948, 950 y el 2333 del Código Civil; los arts. 289, 290, 291, 191 bis, 313 d, 314, 315, 316, 317, 318, 474, 475, 476, 477, 496 del Código Penal, Decreto Supremo N° 430 Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley N° 19.342 que regula los derechos de los obtentores sobre nuevas variedades vegetales, Decreto Ley N° 3.557 que establece disposiciones sobre protección agrícola, etc., sumado a los tratados internacionales que Chile es parte, que son considerados ley dentro de la República como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, entre otros.

II.1.2.2. Características de la Regulación Internacional del Medio Ambiente.

II.1.2.2.1. Características Formales.

En los hechos, la historia da cuenta que la regulación internacional del medio ambiente en su formación, desde Estocolmo hasta Johannesburgo, ha tenido tres características. La primera de éstas es que se trata de un sistema sectorial. Los Estados han respondido cada problema medioambiental con la negociación de un Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente (ANUMA). Esto ha creado un aparato institucional distinto e independiente para cada acuerdo, a pesar de tratar en muchos casos problemas medioambientales similares. Existe una fragmentación de la regulación internacional del medio ambiente que no ha tenido, y no tiene, hasta hoy en día, una coordinación satisfactoria.

El Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (PNUMA) podría, teóricamente, desempeñar la función coordinadora que requiere la actual normativa ambiental. Sin embargo, su naturaleza jurídica se lo impide ya que, tal como su nombre lo indica, es un “programa” de las Naciones Unidas, con todo lo que ello implica, no estando dotado de presupuesto financiado a través de los Estados miembros de forma obligatoria, sino que, por el contrario, su presupuesto depende de contribuciones voluntarias de los Estados.

La segunda característica del derecho ambiental internacional, después de su sectorialidad, es la naturaleza del incumplimiento de las obligaciones previstas en muchos ANUMA. Resulta complejo intentar idear un sistema de sanción que sea general para el incumplimiento proveniente de cualquier tipo de Estado, debido a que no todos los Estados se encuentran en la misma situación financiera -algunos requieren un mayor desarrollo económico por sobre la protección al medio ambiente, dado que sus habitantes están pasando necesidades básicas, mientras que otros sí están en condiciones para brindar una adecuada protección.

Conscientes de la dificultad para muchos Estados de cumplir con las obligaciones medioambientales, en numerosos acuerdos el incumplimiento se considera como una imposibilidad material de cumplir por falta de tecnología o de capacidad a la cual hay que responder con ayuda internacional y no con un gran castigo. Así se observa en el llamado a la “cooperación internacional” manifestada claramente en La Agenda XXI.

Si bien es verdad que no todos los países pueden cumplir de igual o idéntica manera las obligaciones internacionales en materia ambiental por situaciones de hecho que vuelven casi imposible tal igualdad, también es cierto que pueden presentarse

abusos por parte de Estados que no cumplen disposiciones medioambientales por una simple decisión política propia.

La tercera característica de la regulación internacional del medio ambiente, está estrictamente relacionada con el incumplimiento de las obligaciones ambientales y se refiere a los mecanismos de solución de controversias. La mayoría de los ANUMA dispone de un sistema según el cual una controversia será resuelta por negociaciones que, en caso de no conseguir resultado satisfactorio, dará lugar a un arbitraje internacional de Justicia. En el campo medioambiental no han sido creados tribunales internacionales (salvo el caso excepcional del Tribunal Internacional del Derecho del Mar), cuyas decisiones sean vinculantes para las partes en la controversia.

En conclusión, la naturaleza sectorial de la protección internacional del medio ambiente, dominada por la imposibilidad material y, sobre todo, financiera del PNUMA de tomar un papel de liderazgo, la naturaleza de los mecanismos de respuesta al incumplimiento de obligaciones medioambientales y la fragilidad y, a veces, inexistencia de los mecanismos de la solución de controversias en los AMUMA, son indicios de un sistema jurídicamente débil. (SÍNDICO; 2007: 175).

II.1.2.2.2. Características Sustanciales.

En cuanto al contenido de las compromisos ambientales de los Estados, a nivel internacional y nacional, en un comienzo se caracterizaron por la aplicación de un modelo curativo, respecto de nuestro entorno natural: dadas las repercusiones crecientes del aumento de la población y de la industrialización, el medio ambiente dejó de estar en condiciones de regenerarse a sí mismo, necesitó ayuda para reparar los daños que le infringían las actividades humanas. Por estas razones, los gobiernos procuraron repartir los costos económicos de esa intervención exigiendo, a los que

contaminaban, financiar el gasto que suponía la contaminación. Esta época es la que impera el principio ambiental “el que contamina, paga”.

Sin embargo, se advirtió que el principio “el que contamina, paga” sólo era aplicable, en la práctica, si iba acompañado de una política preventiva, dirigida a limitar el daño, más que a repararlo e indemnizarlo. Este modelo de “más vale prevenir que curar” marcó la segunda etapa de la acción de los gobiernos con miras a la protección ambiental; se caracterizó por la idea de que la ciencia era capaz de evaluar y cuantificar los riesgos con precisión, y de que era posible utilizar el principio de prevención para disminuir o eliminar los futuros daños.

La aparición de riesgos cada vez más imprevisibles, inciertos e incuantificables, pero, posiblemente, catastróficos, como los asociados a los organismos genéticamente modificados, cambio climático, daño a la capa de ozono, daños producto del consumo de tabaco, etc., impusieron a las sociedades la obligación de elaborar un tercer modelo de carácter preventivo para proteger a los seres humanos y al entorno frente a los riesgos inciertos resultantes de la acción del hombre: Principio Precautorio.

II.2. Elementos del Principio Precautorio.

La Conferencia Mundial de la Ciencia (UNESCO, 1999) en su programa-marco para la acción, bajo el capítulo de la Ciencia para la Paz y el Desarrollo (Ciencia, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible), destacó el Principio de Precaución como una guía importante en el manejo de la inevitable incertidumbre científica, especialmente en situaciones de impactos potencialmente irreversibles o catastróficos (ARTIGAS; 2001: 20).

El Principio Precautorio señala que, frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos al medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización pueda basarse exclusivamente en indicios de posible daño sin necesidad de requerir certeza absoluta científica.

El sentido del Principio Precautorio resulta fundamental para manejar la incertidumbre propia de las causales y relaciones que pueden estar fuera del control humano y que son, básicamente, las vinculadas a las ciencias naturales, incluyendo dentro de ellas, las que se refieren a la protección del bien superior de la vida y la salud humana.

Incertidumbre Científica + sospecha de daño = acción precautoria

Carmen Artigas, en su obra “El Principio Precautorio en el Derecho y la Política Internacional” (ARTIGAS; 2001: 8), explica que, a finales de los años ‘60 y principios de los ‘80, estas nociones de cuidado y práctica inteligente han sido extendidas a 6 conceptos básicos (elementos) enmarcados ahora en el principio precautorio:

II.2.1. Anticipación Preventiva:

La voluntad de tomar la acción anticipada sin esperar la prueba científica de que es necesario actuar, basados en una mayor demora, será finalmente más costosa para la sociedad y la naturaleza y, en el largo plazo, injusta para futuras generaciones.

II.2.2. Salvaguardia:

La salvaguardia del espacio ecológico y ambiental para la maniobra, como un reconocimiento de que no deberían siquiera aproximarse a los márgenes de tolerancia, menos aún traspasarse. Esto se conoce, también, como una ampliación de la capacidad asimilativa de los sistemas naturales absteniéndose de usos posibles pero indeseables de los recursos.

II.2.3. Proporcionalidad:

La respuesta o costo-efectividad de los márgenes de error para mostrar que el grado de restricción no es indebidamente costoso. Esto introduce un sesgo en el análisis costo-beneficio convencional, para incluir una función de evaluación de la ignorancia y del probable mayor peligro para las generaciones futuras si se vulneran las capacidades de soporte de la vida, cuando estos riesgos pueden ser conscientemente evitados.

II.2.4. Deber de cuidado:

El deber de cuidado o carga de la prueba de aquellos que proponen el cambio: esto plantea profundas cuestiones sobre el grado de libertad para tomar riesgos calculados y, de esta forma, innovar y compensar las posibles pérdidas.

II.2.5. Promoción de la causa de derechos naturales intrínsecos:

La noción jurídica de daño ecológico está siendo ampliada para incorporar la necesidad de permitir a los procesos naturales funcionar de manera tal que mantengan el soporte esencial de la vida en la Tierra. La aplicación de amortiguadores ecológicos en el manejo futuro.

II.2.6. Pago por la pasada deuda ecológica:

La precaución mira esencialmente hacia el futuro -conforme a la actitud del hombre moderno-, pero hay quienes reconocen que en la aplicación de cuidado, distribución de la carga, costo-efectividad ecológicamente amortiguado y reversión de la carga de la prueba, debería considerarse el no haber sido cuidadoso en el pasado. Esto indica que quienes han creado una gran deuda ecológica deberían ser más cuidadosos que aquellos que no lo han hecho. Esto, en un sentido, es la precaución puesta a la inversa: compensar por pasados errores de juicios basados en la ignorancia o falta de voluntad en el pasado, mostrando un claro sentido de responsabilidad hacia el futuro.

Este último elemento del Principio está aún embrionario en el derecho y en la práctica, pero la noción de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” está incluida en el concepto de asumir la precaución de acuerdo a las capacidades de cada Estado, tal como se indica en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente.

II.3. Distintas interpretaciones que condicionan las políticas estatales para aplicar el Principio Precautorio.

Frente al Principio Precautorio existen distintas interpretaciones, lo que ha generado discusión y análisis. Por un lado, se señala que una acción precautoria considera la prevención del riesgo asociado al costo-beneficio y costo-efectividad de tales medidas: dentro de una economía flexible se confía en la capacidad individual y autonomía de la voluntad como el motor mismo de su desarrollo¹⁴. Otros, en cambio, la precaución es una medida de intervención, una justificación de la participación del Estado en la vida diaria de los actores sociales en nombre del “buen gobierno”: la

¹⁴ Economía de Libre Mercado. Estados Unidos defiende esta postura.

planificación social en la economía, en la tecnología, en la moral y en las iniciativas sociales, puede justificarse por una interpretación amplia y abierta de la precaución¹⁵.

Otra opción es abogar para que el Congreso de cada país, respetando los derechos y garantías individuales, evalúe y gestione los riesgos, estableciendo métodos globales para precaver problemas cuya causa es el resultado de siglos de la acción conjunta y cuya decisión repercutirá en el futuro de una ciudad, región o país completo.

¹⁵ Este es el caso de Alemania. De hecho, el principio precautorio nació en el gobierno socialista alemán, en el *Vorsorgeprinzip*.

CAPÍTULO TERCERO: PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

III.1. Antecedentes Generales.

A lo largo de las últimas décadas, el Principio Precautorio se convirtió en cuestión importante de un número apreciable y, cada vez mayor, de tratados y declaraciones internacionales referentes al Desarrollo Sostenible, la protección del medio ambiente, la salud, el comercio y la seguridad alimentaria, entre otros.

En su forma más elemental, el Principio Precautorio constituye una estrategia para hacer frente a la Incertidumbre científica en la evaluación y la gestión de los riesgos. Se inspira en la sabiduría de la acción frente a la incertidumbre: “piensa antes de actuar”, “más vale prevenir que curar”, y muchos otros dichos populares recogen algunos aspectos de tal sabiduría.

“Precaución”, en definitiva, significa adoptar medidas para proteger la salud humana y el entorno frente a eventuales peligros de daños graves e irreversibles. Sin embargo, en el plano internacional, hay opiniones diversas sobre qué es la “precaución” otorgando interpretaciones diversas al alcance del Principio Precautorio.

El Principio Precautorio se relaciona, en su concepto básico, al Principio de Desarrollo Sostenible, que es aquel que atiende la satisfacción de las necesidades del presente sin afectar las capacidades de las generaciones futuras de satisfacer las suyas. Al brindar protección contra los perjuicios graves e irreversibles, que afecten a los recursos naturales que puedan poner en peligro las posibilidades de las

generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades, se inspira en las nociones de equidad dentro y entre las distintas generaciones.

A continuación, brevemente, nos referiremos a los tratados y acuerdos internacionales que hacen referencia al Principio Precautorio, nos basaremos en la memoria de prueba de las egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Violeta Marín Novoa y Sylvia Monroy Alveal, quienes fueron guiadas por la profesora Dominique Hervé Espejo, y reconocen alguna inspiración precautoria en los siguientes documentos internacionales:

III.1.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972).

En el Principio 2 de este documento se presenta el primer planteamiento del Principio Precautorio al señalar que:

Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente nuestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

III.1.2. Declaración de Nairobi (1982).

Esta declaración fue suscrita a instancias de las Naciones Unidas para conmemorar los 10 años de existencia de la Declaración de Estocolmo. La norma referida al Principio Precautorio se encuentra ubicada en el Principio 3 de este documento, que señala la necesidad de administrar y evaluar el impacto medioambiental.

III.1.3. Carta Mundial de la Naturaleza (1982).

Esta carta fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 37/7 del 28 de octubre de 1982. El Principio en estudio está sugerido en varios de los artículos. Así, en su preámbulo expresa que:

Los beneficios duraderos que se puedan obtener de la naturaleza dependen de la protección de los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y la diversidad de las formas de vida, las cuales quedan en peligro cuando el hombre procede a una explotación excesiva o destruye los hábitats naturales”. A su vez, en la Parte I, referido a los Principios Generales, señala que: “Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexisten”. En su Parte II, referida a las Funciones, en N° 7, expresa que: “En la planificación y realización de las actividades de desarrollo social y económico se tendrá debidamente en cuenta el hecho de que la conservación de la naturaleza es parte integrante de esas actividades”; y en su N° 11: “Se controlarán las actividades que

puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales, en particular: (a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza; (c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales.

III.1.4. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono (1987).

En el párrafo sexto del Preámbulo, según modificaciones introducida en el año 1990, podemos encontrar alguna intensión precautoria en la siguiente declaración:

Decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas, sobre la base de los adelantos de conocimientos científicos, teniendo en cuenta aspectos técnicos y económicos y teniendo presente las necesidades que en materia de desarrollo tienen los países en desarrollo.

III.1.5. Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992).

En el Título XIX “Medio Ambiente”, artículo 174 (antiguo artículo 130 R) N° 2 se expresa que:

La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basarán en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente, incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de la salvaguardia que autoricé a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control.

III.1.6. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (3 al 14 de junio de 1992).

En este documento, uno de los más conocidos, se reconoce la necesidad de una aproximación precautoria para enfrentar los problemas medioambientales internacionales e incluye el concepto en estudio como “Principio Precautorio”, en el Principio número 15, señalando:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio precautorio 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.

III.1.7. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (4 de junio de 1992).

En el artículo 3, relativo a los “principios”, en su numeral tres, señala:

Las partes deberán tomar medidas de precaución para preveer, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no debería utilizarse la falta total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberán 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. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las partes interesadas.

III.1.8. Convención sobre Diversidad Biológica (5 de junio de 1992).

El Principio Precautorio está reflejado en el Preámbulo, específicamente en el párrafo IX y establece:

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

III.1.9. Declaración de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (4 de julio de 1995).

En el ámbito latinoamericano, cabe mencionar la Declaración de los países del mecanismo de concertación política entre Estados, conocido como CPPS, con motivo de los ensayos nucleares realizados en los atolones de Mururoa y Fangataufa. En dicha Declaración, los países miembros de la CPPS sostuvieron que:

La realización de ensayos nucleares en el Pacífico Sur constituye un riesgo potencial para la salud y seguridad de las poblaciones de los países ribereños, sus recursos vivos y su medio ambiente, y no toma en cuenta el principio precautorio recogido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo.

Esta Declaración fue suscrita por cuatro países de la región sudamericana, Perú, Chile, Colombia y Ecuador. Puede ser considerada como la primera que incorpora el Principio Precautorio.

III.1.10. Declaración de Wingspread (1998).

La Conferencia de Wingspread sobre el Principio de Precaución fue realizada por el *The Science and Environmental Health Network*, donde se señaló:

Quando una actividad representa una amenaza de daño para la salud humana o para el ambiente, se deben tomar las medidas preventivas aunque algunas relaciones entre causas y efectos no sean establecidas científicamente en su totalidad.

III.1.11. Comunicación adoptada por la Comunidad Europea sobre el Principio Precautorio (2 de febrero de 2000).

En tal comunicación se señaló:

El principio de precaución se aplica cuando la evidencia científica es insuficiente, vaga e incierta, y las evaluaciones científicas preliminares indican que hay suficientes argumentos como para preocuparse acerca de los potenciales efectos negativos en el ambiente, salud humana, animal o de las plantas pueden ser inconsistentes con el alto nivel de protección escogidos por los Estados Unidos.

III.1.12. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (29 de enero del 2000).

Tanto en su preámbulo como en el artículo 1 relativo al “objetivo” del protocolo, afirma que:

De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el objetivo del presente protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transparencia, manipulación y utilización segura de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”.

Igualmente, en su artículo 10, referido al procedimiento de adopción de decisiones, se indica que “el hecho que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes, suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado que se trate (...).

Finalmente, el Protocolo consagra una interpretación bastante tímida del Principio Precautorio en su Anexo III, sobre evaluación del Riesgo, en donde se señala que la falta de conocimiento científico o de consenso científico no se interpretará necesariamente como indicadores de un determinado nivel de riesgo, de la ausencia de riesgo o de la existencia de riesgo aceptable.

III.2. El Principio Precautorio en los Tribunales Internacionales.

La existencia del Principio Precautorio no sólo afecta a Chile por cuanto pudiera ser aplicable en el Derecho interno, sino también en cuanto Chile forma parte de diversas instituciones internacionales donde este Principio es acogido o, a lo menos, considerado en la resolución de controversias de nota internacional.

Una de las instituciones, donde más se ha invocado el Principio Precautorio como fundamento jurídico, es ante la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual Chile es miembro. También se ha invocado ante la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, tribunales de los que Chile también es miembro.

III.2.1. La Normativa de la OMC y el Principio Precautorio.

La OMC es la institución donde acuden los gobiernos que forman parte de ella, para solucionar las controversias comerciales que surgen entre los mismos. Ella tiene como fundamento el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT por su sigla

en inglés) de 1947¹⁶, cuyo motivo fue fomentar el comercio internacional, promoviendo bajas en los aranceles y reduciendo las diversas trabas al comercio impuestas por los distintos países a los productos extranjeros.

De esta manera, el GATT impone a los Estados parte la obligación de no discriminación, a través del principio de la nación más favorecida¹⁷, y de evitar el proteccionismo a través del principio de trato nacional¹⁸, incluyendo una lista de excepciones generales que permitirían interponer medidas que pudieran ser consideradas como trabas al comercio internacional de bienes¹⁹.

¹⁶ Hoy GATT de 1994, debido a que en la Ronda de Uruguay se hizo un texto refundido del mismo y se creó la OMC.

¹⁷ Principio que obliga a los estados parte otorgar el mismo beneficio concedido a otra nación (más favorecida) al resto de las naciones suscriptoras. Artículo I del GATT.

¹⁸ Obliga a las partes a darle a los productos de otra nación el mismo trato que a los productos similares producidos en ella. Artículo III del GATT.

¹⁹ “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;
- e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;

En efecto, el artículo XX es un artículo que está diseñado para permitir a los miembros de la OMC eludir las normas del GATT, si esto es necesario para proteger la salud humana, animal o vegetal (XX (b)), o para conservar los recursos naturales no renovables (XX (g)) (OMC; 1995. 519).

El problema surge cuando algún país se excusa bajo el alero de una de estas excepciones para imponer sobre un producto algún tipo de traba o prohibición arbitraria a la importación. De esta forma, el país que decide usar una de estas excepciones

-
- f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
 - g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;
 - h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas*;
 - i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación;
 - j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y las medidas que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo serán suprimidas tan pronto como desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado. Las PARTES CONTRATANTES examinarán, lo más tarde el 30 de junio de 1960, si es necesario mantener la disposición de este apartado."

para eludir las obligaciones impuestas por el GATT, deberá justificar fehacientemente que se encuentra amparado bajo el alero del Artículo XX.

Distinguir cuáles de las reglas de la OMC, y bajo qué circunstancias ésta podría permitir a los Estados contratantes aplicar el Principio Precautorio en casos de incertidumbre científica, ha sido una difícil labor. Como ya se ha dicho, este Principio pudiera ser utilizado por los Estados para imponer trabas arbitrarias al comercio internacional, estableciendo barreras técnicas a la importación de bienes.

Existen sólo dos acuerdos de la OMC que hacen referencia explícita a la ciencia: el acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Si bien la reglamentación sanitaria y medioambiental con frecuencia ha sido impugnada en virtud de las normas del GATT, en particular en aplicación de su artículo XX sobre Excepciones Generales, y los artículos XX (b) y (g) del GATT que se refieren a cuestiones de salud y medioambientales, éstos no hacen una referencia explícita a la Ciencia.

El país que invoque el artículo XX tendrá que demostrar que la medida que ha tomado realmente constituye una "excepción" en virtud de dicho artículo. Si bien el artículo XX no exige a los países justificar sus medidas sobre fundamentos científicos, los países a menudo han entregado evidencia científica a la OMC a fin de demostrar que sus medidas constituyen una "excepción", en virtud de dicho artículo.

Por otro lado, el Acuerdo OTC es una convención que está diseñada para asegurar que las regulaciones locales sobre productos específicos no actúen como obstáculos innecesarios al comercio. De este modo, el artículo 2.2 dispone que: "los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo".

Respecto a los riesgos de incumplimiento, el artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece que: "Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos"(OMC; 1995:139).

Así, dicho Acuerdo pide a los países que la regulación de los productos tome en consideración o sea proporcional a los riesgos que se están tratando de evitar. En él se estipula que tales riesgos se evaluarán conforme a cualquiera de los elementos que sean relevantes para el reglamento en cuestión, que en el caso de la salud y medio ambiente podría muy bien ser: "la información científica disponible".

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante Acuerdo "MSF") es la más elaborada de todas las normas de la OMC que diga relación con el ámbito de la Ciencia. También se considera como la más estricta en cuanto a sus exigencias de justificación científica (CHEYNE; 2007:157). El Acuerdo, que comprende las medidas que los países adopten para garantizar la seguridad de los alimentos, bebidas y alimentos para animales, así como para protegerse contra las plagas y enfermedades, no sólo exige que los países funden sus medidas en evidencia científica, sino también sobre la base de lo que la Ciencia puede o debería suponer.

El artículo 2.2 del Acuerdo exige a los países a basar sus medidas sanitarias y fitosanitarias en principios científicos y a no mantenerlos sin evidencia científica suficiente. El artículo 5 sobre evaluación de riesgos es la disposición más específica, solicitando a los países que basen sus medidas en una evaluación real de los riesgos para la salud humana, animal o vegetal. El anexo A, a continuación define el término

"evaluación del riesgo" y, al hacerlo, establece también lo que una *evaluación científica* debe incluir:

Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.

De esta manera las MSF se deben basar en un conocimiento "cierto" a propósito de las causas y las consecuencias de los elementos que busca restringir o eliminar del mercado.

Para los casos en los cuales sea insuficiente la información científica, el artículo 5.7 de dicho artículo establece:

Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una

evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

De esta manera, el artículo 5.7 se podría considerar la puerta de entrada del Principio Precautorio a la normativa de la OMC, al permitir que ante “*testimonios científicos insuficientes*”, el Estado pueda adoptar medidas provisionales.

Por otro lado, la norma contenida en el artículo 3.3 en conjunto con el 5.1 podría ser otra posible aplicación del Principio Precautorio, toda vez que establece:

Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5.

La particularidad de esta última cita radica en que se permite establecer o mantener medidas provisionales, más elevadas que las existentes a nivel internacional:

- (a) si existe una justificación científica para ello, o bien
- (b) si dicha medida se condice con el nivel de protección sanitario establecido por el Estado parte conforme el Artículo 5 del MSF.

Por último, el artículo III. 4 del GATT, que indica la norma del trato nacional para productos similares, puede ser una tercera posible aplicación del Principio Precautorio a la normativa de la OMC, pues tal como ya veremos en el Caso Asbesto, podría incluirse como un criterio relevante para determinar si nos encontramos en presencia de productos similares.

A continuación, entonces, revisaremos la jurisprudencia internacional que expresa o tácitamente aplica el Principio Precautorio en sus decisiones o recomendaciones.

III.2.2. El Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

Antes de revisar algunos de los casos principales ante la OMC, es necesario explicar brevemente cómo funciona su procedimiento de solución de diferencias.

Este sistema se encuentra regulado en un acuerdo llamado “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”, firmado en la Ronda de Uruguay el año 1994.

Este Acuerdo otorga la competencia exclusiva para solucionar los conflictos al Órgano de Solución de Diferencias y establece un procedimiento que consta de las siguientes etapas²⁰:

- **Consultas:** Esta es una etapa donde se establecen conversaciones entre los países en conflicto y se le puede solicitar la intervención y mediación al Director General de la OMC.
- **Grupo Especial:** Si la etapa de Consultas fracasa, el país reclamante puede solicitar la formación de un Grupo Especial. El Grupo Especial es una especie de tribunal, que actúa previa consulta de las partes, se nombran a los expertos que lo conformarán (éstos pueden ser 3 o 5). A falta de acuerdo son nombrados por el Director General.

El Grupo Especial emitirá un informe al Órgano de Solución de Diferencias quien deberá aprobarlo o rechazarlo solamente por unanimidad. Es necesario hacer mención de la facultad del Grupo Especial de consultar directamente a expertos, ya sean científicos, ya sean técnicos, para que preparen un informe independiente en caso que sea necesario.

- **Órgano de Apelación:** Las partes tienen la facultad de apelar las resoluciones del Grupo Especial; esta apelación debe fundamentarse únicamente en cuestiones de Derecho. Las apelaciones son revisadas por tres de los 7 miembros del Órgano Permanente de Apelación.

²⁰ Para esto, nos basamos en el documento de la página de la OMC.
http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/utw_chap3_s.pdf

Una vez decidida la controversia, el país vencido deberá obedecer las decisiones contenidas en el Informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. El proceso es seguido de cerca por el Órgano de Solución de Diferencias y puede ser más o menos flexible, dependiendo si se da o no lugar a procesos de negociación.

III.2.2.1. Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas).

Demandado: Comunidades Europeas.
Reclamante: Estados Unidos
Terceros: Australia; Canadá; Nueva Zelandia; Noruega.
Año del Informe del Órgano de Apelación: 1998

La directiva adoptada por la Comunidad Europea (CE) que prohibía o restringía la importación de carne y productos cárnicos tratados con hormonas, ocasionó que Estados Unidos, en enero del año 1996, solicitara consultas ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), demandando que dichas restricciones fueran retiradas ya que se encontraba en infracción de los artículos III²¹ y XI²² del GATT, los artículos 2²³, 3²⁴ y 5²⁵ del Acuerdo MSF, el artículo 2²⁶ del Acuerdo OTC y el artículo 4²⁷ del Acuerdo sobre Agricultura.

²¹ Art. III GATT: Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores.

²² Artículo XI GATT: Eliminación general de las restricciones cuantitativas.

²³ Artículo 2 MSF: Derechos y obligaciones básicos.

1. Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar

los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

3. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

4. Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado b) del artículo XX.

²⁴ Artículo 3 MSF: Armonización.

1. Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3.

2. Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994.

3. Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. (2)

Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo.

4. Los Miembros participarán plenamente, dentro de los límites de sus recursos, en las organizaciones internacionales competentes y sus órganos auxiliares, en particular la Comisión del Codex Alimentarius y la Oficina Internacional de Epizootias, y en las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, para promover en esas organizaciones la elaboración y el examen periódico de normas, directrices y recomendaciones relativas a todos los aspectos de las medidas sanitarias y fitosanitarias.

5. El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias al que se refieren los párrafos 1 y 4 del artículo 12 (denominado en el presente Acuerdo el "Comité") elaborará un procedimiento para vigilar el proceso de armonización internacional y coordinar con las organizaciones internacionales competentes las iniciativas a este respecto.

²⁵ Artículo 5 MSF: Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria Volver al principio

1. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

2. Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

3. Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta como factores económicos pertinentes: el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

4. Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio.

En una primera instancia, la Comunidad Europea argumentó que la prohibición impuesta a la carne tratada con hormonas era el resultado del uso del Principio Precautorio a la hora de realizar la evaluación de riesgo. Cuando exista alguna duda relativa al riesgo que pudiera ocasionar algún alimento, incluso si no se ha hecho una completa evaluación de riesgo, el beneficio de la duda deberá favorecer a los consumidores. Incluso, en su apelación, la Comunidad Europea agrega que el Principio Precautorio es una norma de derecho consuetudinario o, al menos, un principio general del derecho, en vez de apoyar la medida en el artículo 5.7 MSF.

5. Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.⁽³⁾

7. Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

8. Cuando un Miembro tenga motivos para creer que una determinada medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida por otro Miembro restringe o puede restringir sus exportaciones y esa medida no esté basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, o no existan tales normas, directrices o recomendaciones, podrá pedir una explicación de los motivos de esa medida sanitaria o fitosanitaria y el Miembro que mantenga la medida habrá de darla.

²⁶ Artículo 2 OTC: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central.

²⁷ Artículo 4 Acuerdo Sobre Agricultura OMC: Acceso a los mercados.

1. Las concesiones sobre acceso a los mercados consignados en las Listas se refieren a consolidaciones y reducciones de los aranceles y a otros compromisos en materia de acceso a los mercados, según se especifique en ellas.

2. Salvo disposición en contrario en el artículo 5 y en el Anexo 5, ningún Miembro mantendrá, adoptará ni restablecerá medidas del tipo de las que se ha prescrito se conviertan en derechos de aduana propiamente dichos.

Posteriormente, la Comunidad Europea alega que la normativa no requiere realizar algún tipo de evaluación de riesgo particular y que tampoco es necesaria que exista unanimidad en la comunidad científica o que los distintos miembros de la OMC sigan el mismo procedimiento para la evaluación de riesgos (ORGANO DE APELACION; 1998: 7).

Finalmente y, a pesar de haber fundado su decisión en el Principio Precautorio, la Comunidad Europea concluye que ha cumplido con los requisitos exigidos por el Acuerdo MSF.

El Órgano de Apelación determinó que, si bien el Principio Precautorio estaba reflejado en el preámbulo de Acuerdo MSF, en el artículo 3.3 y el artículo 5.7, éste no podía contradecir al texto de los artículos 5.1 y 5.2 del mismo cuerpo normativo; es decir, que no liberan a la Comunidad Europea de su obligación de fundamentar sus medidas sanitarias y fitosanitarias restrictivas en una evaluación de riesgo (ORGANO DE APELACION; 1998: 48).

Respecto de la pregunta sobre si el Principio Precautorio se ha convertido o no en una norma de Derecho Consuetudinario o un Principio General del Derecho, el Órgano de Apelación evitó pronunciarse. Sin embargo, sí se refirió a tres cuestiones relevantes relativas a la relación entre el Principio Precautorio y el Acuerdo MSF. Primero, que este principio no fue introducido al Acuerdo MSF para justificar medidas que, de otra forma, serían inconsistentes con el cuerpo del Acuerdo. Segundo, que el Principio Precautorio sí se encuentra reflejado en el artículo 5.7 MSF. Y tercero, que al encontrarse reflejado en el preámbulo del Acuerdo y en su artículo 3.3, reconoce a los miembros de la OMC la facultad de escoger el nivel de protección a la salud y vida de sus habitantes que les parezca adecuado.

En consideración a lo anterior y aún cuando el Órgano de Apelación no dio al Principio Precautorio el estatus de una norma vinculante, si permitió que pudiera ser usado como un criterio de interpretación (ORGANO DE APELACION; 1998: 7).

III.2.2.2. Japón — Medidas que afectan a los productos agropecuarios.

Demandado: Japón.
Reclamante: Estados Unidos.
Terceros: Brasil; Comunidades Europeas; Hungría.
Año del Informe del Órgano de Apelación: 1999

En el año 1997, Japón aplicó medidas de cuarentena a la importación de ciertos productos agropecuarios. Estados Unidos realizó la respectiva reclamación ante la OMC, indicando que Japón decretaba una cuarentena respecto de cada nueva variedad de un producto determinado, a pesar de que se hubiera demostrado que otras variedades del mismo producto no constituían riesgo alguno. Estados Unidos alegó infracciones de los artículos 2, 5 y 8 del Acuerdo MSF, así como del artículo XI del GATT.

Al resolver esta disputa, el Órgano de Apelación reconoció explícitamente que el artículo 2.2 MSF en relación con el artículo 5.7 MSF, permiten a los países miembros adoptar medidas provisionales cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes. Por lo tanto, el artículo 5.7 MSF opera como una excepción calificada a la obligación del artículo 2.2 de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes (ORGANO DE APELACION; 1999: 80).

Llama la atención que la Comunidad Europea, en sus disputas, haya rehuido ampararse bajo el artículo 5.7 MSF, argumentando siempre que sus medidas eran definitivas y no temporales. Esto, debido a las constataciones del Órgano de Apelación cuando determinó en su Informe, párrafo 89:

El párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF establece cuatro requisitos que deben cumplirse para poder adoptar y mantener una MSF provisional. A tenor de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, un Miembro puede adoptar provisionalmente una MSF si esta medida:

1) se impone con respecto a una situación "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes"; y

2) es adoptada "sobre la base de la información pertinente de que se disponga".

De conformidad con la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5, una medida provisional de ese tipo no podrá mantenerse a menos que el Miembro que adopte la medida:

3) "trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y

4) "revise en consecuencia la medida... en un plazo razonable".

Esos cuatro requisitos son claramente acumulativos por naturaleza y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el párrafo 7 del artículo 5.

Lo que constituiría un “período de tiempo razonable”, según el Órgano de Apelación, debería determinarse caso a caso, dependiendo de las circunstancias específicas, tales como la dificultad para obtener “información adicional” y las características particulares de la medida adoptada (ORGANO DE APELACION; 1999: 25).

En este caso, si bien la aplicación del Principio Precautorio podría considerarse como marginal, vemos como el acuerdo MSF provee herramientas para que los países miembros determinen el nivel de protección que consideren adecuado, de una forma “precautoria”.

III.2.2.3. Comunidades Europeas — Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto (Asbesto).

Demandado: Comunidades Europeas.
Reclamante: Canadá
Terceros: Brasil; Zimbabwe; Estados Unidos.
Año del Informe del Órgano de Apelación: 2001

Esta disputa se origina con la reclamación que interpone Canadá ante la OMC respecto de las medidas impuestas por Francia para la prohibición de la importación de asbesto y productos que contienen asbesto, debido a que potencialmente podían resultar en enormes riesgos a la salud que científicamente habría demostrado tener el asbesto.

Canadá alegó que esta prohibición constituía una medida arbitraria ante la normativa del GATT y de los acuerdos MSF y OTC, puesto que infringían las normas contenidas en los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo MSF, el artículo 2 del Acuerdo OTC y los artículos III, XI y XIII del GATT de 1994.

El argumento principal en la disputa, sostenido por Canadá fue la infracción al artículo III del GATT, especialmente al apartado III.4 que se refiere al trato nacional para los productos similares. Éste indica que: “Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional (...)”. Así, Canadá alegó que los productos sobre los que se aplicaba la prohibición (aquellos que contienen asbesto) eran productos similares a otros productos como el fibro-cemento, pues ambos se usan como aislantes térmicos y protección contra incendios, incluso cuando unos fueran más peligrosos que otros. El criterio habitualmente usado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, es evaluar las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, sus usos finales, y su clasificación tarifaria.

Francia, por su parte, alegó que dicha medida se encontraba amparada por el la excepción contenida en el artículo XX (b) del GATT:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

El Grupo Especial, por primera vez reconoció que una medida caía bajo el alero de esta excepción reconociendo que se trataba de una medida “necesaria para proteger la salud y la vida de las personas” y que, además, se satisfacía con las condiciones indicadas en el preámbulo del artículo XX, no siendo una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta al comercio internacional de bienes.

El Grupo Especial, agregó, que le correspondía a la parte que imponía la prohibición justificar que dicha medida se acogía bajo la excepción, es decir, la carga de la prueba correspondía al Estado que imponía la excepción. Sin embargo, como dicha medida fue decretada bajo una situación de incertidumbre científica para evitar el riesgo de daños serios o irreversibles, y atendido que dichos riesgos eran sólo potenciales, esta distribución del *onus probandi* podría atentar contra la aplicación efectiva del Principio Precautorio.

En atención a lo anterior y para determinar si correspondía la aplicación del artículo XX (b), el Grupo Especial debió establecer primero, si dicha medida se ajustaba dentro de las políticas diseñadas para proteger la vida y salud humanas y; segundo, si la medida era necesaria para lograr el objetivo de dicha política, en el sentido que no existieran otras medidas menos restrictivas para satisfacer el nivel de protección buscado.

En este caso en particular, el Grupo Especial concluyó que dicha medida se había aplicado razonablemente, ya que cada país estaba en la libertad de escoger su propio nivel de protección y que, siempre y cuando dichas medidas no fuesen

discriminatorias, es decir que, también se aplicaran dichas medidas a todos los demás productos nacionales similares, no habría infracción al trato nacional exigido en el preámbulo del artículo XX (CHEYNE; 2007:163).

Para establecer que no hubo vulneración al trato nacional, el Grupo Especial usó el enfoque tradicional al evaluar la similitud entre ambos tipos de productos; es decir, excluyó otras consideraciones tales como el “riesgo” a la salud o los gustos y hábitos de los consumidores. Fueron estas últimas consideraciones las que sí incluyó el Órgano de Apelación al espectro de características para determinar si se estaba en presencia de productos similares, revocando entonces la decisión del Grupo Especial (ORGANO DE APELACION; 2001: 6).

Esta decisión tuvo consecuencias relevantes para la aplicación del Principio Precautorio ya que reconoció que distintas propiedades físicas en un producto pueden significar distintos niveles de riesgo para la población y dicha información puede influir notoriamente en la elección de los consumidores. Tal lógica se puede aplicar incluso cuando existan amenazas mínimas o inciertas que puedan resultar en daños significativos. Además, el Órgano de Apelación, reafirmó en su decisión la importancia de los gustos y hábitos de los consumidores a la hora de determinar la existencia de productos similares, donde la probabilidad del riesgo a la salud humana puede significar importantes diferencias en la manera que los consumidores perciben los productos (CHEYNE; 2007:167).

El Órgano de Apelación amplió el criterio para establecer “productos similares”, dejando la posibilidad de incluir nuevos criterios, como el Principio Precautorio. Además, cuando los miedos de los consumidores sean respaldados por alguna evidencia científica, aunque ésta se encuentre en situación de incertidumbre, podría el enfoque precautorio jugar algún rol en esta evaluación (CHEYNE; 2007:168).

De este caso podemos destacar no sólo la mención expresa del Principio Precautorio, sino que la relación que se efectúa entre dicho Principio y los consumidores para la evaluación de los “productos similares”.

III.2.3. Casos importantes ante otros Tribunales Internacionales de los cuales Chile es Miembro.

Si bien es ante la OMC donde el Principio Precautorio ha sido discutido con mayor profundidad, destacan también otros tribunales internacionales a los que Chile pertenece, donde se ha discutido sobre la aplicación de este Principio. Ellos son: la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

III.2.3. Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Situada en la ciudad de La Haya, la Corte Internacional de Justicia nace como el principal órgano de solución de controversias de la Organización de Naciones Unidas. Chile es miembro de este tribunal desde que ingresó a la ONU en el 24 de octubre de 1945.

III.2.3.1. Nueva Zelandia vs. Francia. Caso Ensayos Nucleares en Mururoa.

Demandado: Francia
Reclamante: Nueva Zelanda

Terceros: Australia, Micronesia, Samoa y las Islas Marshall y Salomón
Año Sentencia de la Corte Internacional de Justicia: 1995

A mediados de la década de los noventa, Francia comenzó una serie de ensayos nucleares en el Pacífico Sur, específicamente en el Atolón de Mururoa. Ante esta situación, Nueva Zelanda demandó el cese de los ensayos ante la Corte Internacional de Justicia, sobre la base de la Sentencia de la misma Corte del 20 de diciembre de 1974, donde la CIJ decidió que Francia no podría realizar más pruebas nucleares en la atmósfera.

En esta nueva instancia, fue la primera vez que se discutió sobre la aplicación del Principio Precautorio ante esta Corte. También, como intervinientes, invocaron este principio Australia, Micronesia, Samoa y las Islas Marshall y Salomón. (SANDS; 2002: 29).

Nueva Zelanda alegó que:

(...) la conducta de Francia es ilegítima porque ocasionará, o podría ocasionar, la introducción de material radioactivo al medio ambiente marino, estando Francia en la obligación de, antes de llevar a cabo nuevos ensayos nucleares subterráneos, proveer evidencia suficiente de que dichos ensayos no introducirán dichos materiales radioactivos al medio ambiente marino, esto de acuerdo con el 'Principio Precautorio' que es ampliamente aceptado por el Derecho Internacional

Contemporáneo²⁸ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA; 1995: 288)

La Corte desechó la demanda de Nueva Zelanda sin examinar el fondo del asunto, pues según indicó, la sentencia de 1974 se refería a ensayos nucleares realizados en la atmósfera y no a ensayos subterráneos o submarinos.

Sin embargo, existió el voto disidente de tres jueces, Koroma, Palmer y Weeramantry. De ellos, el último es quien consideró que el Principio Precautorio ya estaba ganando creciente apoyo como parte del Derecho Internacional del medio ambiente, estableciendo que quien está en mejores condiciones de recabar la información sobre la posible amenaza es quien debe otorgarla, siendo, normalmente, la parte que la genera (WEERAMANTRY; 1995: 342). Asimismo, Palmer, indica que si bien el Principio Precautorio podría ser un principio del Derecho Internacional del medio ambiente, no le corresponde a la corte pronunciarse, pues Francia, la contraparte, no expuso sus contra argumentos para el punto en cuestión (PALMER; 1995: 412).

Por último, Koroma es el más cauteloso de los jueces disidentes, quien se limita a declarar que existe, probablemente, un deber de no causar graves daños ambientales que pudieran ser evitados razonablemente (KOROMA; 1995: 378).

III.2.3.2. Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

²⁸ Traducción de los autores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue abierta para su firma el año 1982, en la bahía de Montego, Jamaica, pero no entró en vigencia sino hasta el año 1994. Esta convención, en su normativa, estableció amplio marco legal destinado a regular el uso de los espacios y recursos oceánicos, así como también provee la protección y preservación del medio ambiente marítimo.

El mecanismo de solución de controversias que creó esta Convención, fue el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, del que Chile es miembro desde la ratificación de la Convención en agosto de 1997.

III.2.3.2.1. Australia y Nueva Zelanda vs. Japón: Caso del Atún de Aleta Azul.

Demandado: Japón
Reclamantes: Australia y Nueva Zelanda.
Año Orden del tribunal: 1999

El año 1998, Japón decide iniciar un programa de pesca experimental de atún de aleta azul, que en 1999 originó el reclamo de Australia y Nueva Zelanda ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Esto, porque de acuerdo a los reclamantes, Japón violaría con este programa las Obligaciones contraídas en la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul, firmada el año 1993, que establecía cuotas máximas de pesca (MARR; 2000: 815).

Australia y Nueva Zelanda expusieron en sus argumentos que Japón, al conducir dicho programa de pesca experimental, fracasaría en tomar las medidas

necesarias de conservación del atún de aleta azul y, por lo tanto, infringiría la normativa de la Convención.

En su solicitud, los reclamantes alegaron que Japón, asimismo, estaría violando el Principio Precautorio, pues las partes tenían el deber de actuar sobre la base de este Principio mientras estuviese pendiente la resolución del conflicto. Además, expusieron que dicho principio ya se habría convertido en una Norma Consuetudinaria del Derecho Internacional. Japón, por su parte, no se refirió ni a la situación del Principio Precautorio como norma internacional ni a sus efectos en la disputa. (SANDS; 2002: 30).

En su decisión, el tribunal, si bien omitió referirse expresamente al Principio Precautorio expresamente, sí aplicó su contenido, indicando que las partes debían actuar con prudencia y cautela para asegurar que medidas de conservación efectivas sean tomadas para proteger el stock de atún de aleta azul, y también hace referencia a la incertidumbre científica existente sobre cuáles serían las medidas a tomar para cumplir con dicho deber de conservación. El tribunal, entonces, ordenó a las partes el cese de los programas de pesca experimental. (Sands; 2002: 30).

III.2.3.2.2. Irlanda vs. Reino Unido. Caso sobre la Planta de MOX.

Demandado: Reino Unido
Reclamantes: Irlanda
Año Orden del tribunal: 2001

Sellafield es una localidad industrial ubicada cerca de las costas de Irlanda. El año 2001, comenzó a operar una Planta de MOX, que es un tipo de combustible

utilizado en los reactores de fisión nuclear. El 25 de octubre del mismo año, Irlanda realizó reclamo ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, concerniente a la autorización para operar concedida por el Reino Unido. Irlanda señaló que de no ser suspendida esta autorización en el plazo de 14 días, sometería al tribunal una solicitud de medidas provisionales, solicitud que fue presentada el 9 de Noviembre del año 2001.

En esta disputa, el Principio Precautorio fue invocado por Irlanda en su Solicitud de Medidas Provisionales, donde sostiene que:

El Principio Precautorio ya es reconocido como una norma del Derecho Internacional Consuetudinario, que es vinculante para Irlanda y el Reino Unido²⁹³⁰.

En cuanto a la forma en que se aplica al caso con sus características particulares, como son el manejo de material radioactivo y el transporte internacional de dichos materiales:

(...) el Principio Precautorio indica que el Reino Unido debe actuar precaución, y adoptar medidas preventivas, incluso cuando no haya pruebas concluyentes de una relación de causalidad entre las aportaciones y los efectos³¹³².

²⁹Request For Provisional Measures And Statement Of Case Of Ireland. 90 Noviembre 2001, para 97.

³⁰ Traducción libre de los autores.

³¹ Request For Provisional Measures And Statement Of Case Of Ireland. 90 Noviembre 2001, para 101.

³² Traducción libre de los autores.

Respecto de la carga de la prueba, Irlanda alegó que, en virtud de dicho Principio, corresponde al Reino Unido la carga de probar que la operación de la Planta no ocasionaría daños. (SANDS; 2002: 31).

Por otro lado, el Reino Unido argumentó que el Principio Precautorio:

(...) no puede, sin embargo, ser invocado como un sustituto de una fundamentación básica sobre pruebas que respalden la realidad tangible del riesgo de que se alega. En este caso, Irlanda no ha aportado como una fundamentación básica sobre pruebas que muestren un riesgo real de sufrir daños como para justificar la restricción preventiva de los derechos del Reino Unido debido a motivos de precaución³³.

El Tribunal, en su decisión, no solucionó el problema de fondo, sino que ordenó a las partes a entrar en consultas y cooperar en la búsqueda de medidas adecuadas para prevenir la contaminación del ambiente marino que pudieran resultar de la operación de la Planta de MOX.

De esta manera, el Tribunal fue reacio a hacer mención expresa al Principio Precautorio, sin embargo, en sus considerandos indicó que la “prudencia y cautela” debían jugar un rol en el actuar de las partes.

III.2.4. Conclusiones a propósito de la jurisprudencia internacional estudiada.

³³ Written Response of the United Kingdom, 15 de Noviembre del 2001, p. 150.

Considerando el análisis de la jurisprudencia internacional es posible concluir que el estatus a nivel internacional del Principio Precautorio no ha sido establecido, no se sabe si es una norma del Derecho Internacional Consuetudinario o puede ser considerado como un Principio General del Derecho. Por otro lado, tampoco se hace mayor referencia a la extensión de su aplicación, si corresponde considerarlo para solucionar un problema permanente o sólo para decretar medidas con carácter provisional.

No obstante las objeciones anteriores, debemos reconocer que las Cortes Internacionales han aplicado el contenido del Principio Precautorio a través de los llamados a la “prudencia” y a la “cautela” y, en cuanto a su extensión, se muestran más proclives a permitir su aplicación cuando se trata de autorizar medidas provisionales.

Es importante advertir que el Principio Precautorio fácilmente podría ser la herramienta perfecta para decretar injustificadamente medidas proteccionistas disfrazadas de salvaguardias medioambientales, vulnerando con facilidad al libre comercio internacional de bienes. En atención a dicha posibilidad, la labor de los tribunales al evaluar los conflictos sometidos a su jurisdicción será, entre otras, distinguir cual de estas intenciones –posiblemente económicas- existen detrás de cada medida.

Finalmente y en consideración que el problema ambiental es un asunto global, si lo que se desea es proteger efectivamente al medio ambiente, los distintos protagonistas deben promover un actuar conjunto y coordinado, toda vez que las acciones independientes de cada uno de los Estados sólo implicarían una vulneración al libre comercio a nivel internacional y, eventualmente, una vulneración a la garantía a la libre iniciativa económica a nivel interno.

CAPÍTULO CUARTO: EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL ¿SE PODRÍA APLICAR EL “PRINCIPIO PRECAUTORIO” EN CHILE?

IV.1. Palabras Preliminares.

En los capítulos II y III de este trabajo se analizó el tratamiento del Principio Precautorio en el Derecho Internacional, tanto a nivel de tratados y convenciones como en resolución de conflictos en distintas Cortes Internacionales. Ahora nos toca analizar el trato que recibe la incertidumbre científica y el Principio Precautorio en el Derecho chileno.

En estricto rigor, el llamado a la cautela y a la prudencia no es novedad en nuestro Derecho. En efecto, podemos encontrar instituciones como las medidas precautorias en el artículo 290 y el procedimiento sumario en el artículo 680³⁴, ambos artículos del Código de Procedimiento Civil³⁵; en los requisitos de la prisión preventiva

³⁴ “**Art. 680.** El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”.

³⁵ “**Art. 290.** Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aún cuando no esté contestada la demanda, pedir una o mas de las siguientes medidas:

1ª El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2ª El nombramiento de uno o más interventores;

3ª La retención de bienes determinados; y

4ª La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

Art. 298. Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.

en materia penal consagrados en el artículo 140 del Código Procesal Penal³⁶; en el Código Civil encontramos la denuncia de obra ruinosa en el artículo 932³⁷ y siguientes, la acción preventiva general en responsabilidad extracontractual del artículo 2333³⁸,

³⁶ “**Artículo 140.**- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”.

³⁷ “**Art. 932.** El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa. Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga”.

³⁸ “**Art. 2333.** Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

para terminar con la acción de protección consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política a nivel constitucional.

De esta manera nos queda en evidencia que el llamado a la “cautela” y la “prudencia” en nuestra legislación interna es una realidad, por ejemplo, resulta interesante la extensa regulación que tiene el concepto de “*peligro para la sociedad*”, como uno de los requisitos para decretar la prisión preventiva dentro de un proceso penal, situación que nos parece del todo lógica, ya que tal institución es una excepción a la regla general que es la garantía constitucional de la libertad personal.

A continuación, revisaremos dos responsabilidades en nuestro Derecho: responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad penal. Posteriormente nos referiremos a la Ley 19.300 para terminar analizando la acción de protección como posible medio inmediato para aplicar el Principio Precautorio en Chile.

IV.2. ¿Responsabilidad Civil Extracontractual?

Más allá de lo que pueda preocuparnos la protección del medio ambiente o la salud de las personas, buscar responsabilizar civilmente al eventual generador de un daño, sólo por realizar una actividad “riesgosa”, desafía la construcción sistemática de responsabilidad civil vigente en nuestro país. Como primer ejercicio cabe reflexionar sobre los siguientes puntos³⁹:

- i) No se ha consumado el “daño”, por tanto no está la condición y medida de la responsabilidad extracontractual;

³⁹ Basado en los apuntes de clase de uno de los autores de la Cátedra de Derecho Civil V, de la Profesora Astrid Schudeck Díaz, año 2005, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

- ii) Al no existir daño, tampoco está claro quiénes serían las “víctimas”;
- iii) Al no existir daño, no hay claridad en cuanto a la “relación causal”;
- iv) Al no existir daño ni relación causal cierta, tampoco se tiene certeza a propósito del “agente” generador del daño.

De esta manera la estructura de la responsabilidad civil presupone un elemento temporal, esto es, la coexistencia del autor del daño con la(s) víctima(s), suposición conflictiva para el Principio Precautorio, en el sentido que muchos de los problemas ambientales (ejemplo el problema en la capa de ozono y la emisión de CO2) sus posibles autores iniciales (siglo XVI) no coexisten con las primeras víctimas (siglo XX).

A continuación, analizaremos, punto por punto, la posible aplicación del Principio Precautorio considerando cada uno de los elementos que caracterizan a la responsabilidad civil.

IV.2.1. No se ha consumado el “daño”, por tanto no está la condición y medida de la responsabilidad extracontractual.

Como es sabido, la “condición y medida” de la responsabilidad extracontractual es el daño; *ergo*, sin daño no hay forma de determinar quiénes son aquellos que deben ser indemnizados ni en cuánto debe ser el monto de la indemnización.

Recordemos que ya es bastante controvertido el carácter punitivo de la indemnización del daño moral que se basa en el daño cierto, tanto más podría ser esta clase de indemnización que se basaría en un daño “eventual”.

En efecto, más allá de la dificultad prácticamente obvia de probar en un juicio qué es lo que efectivamente “cree” o “no cree” una persona, el Estado no debe inmiscuirse en el fuero interno de sus ciudadanos. El objeto de los juicios son hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos (318 del CPC) y no meras “expectativas”. En un Estado Democrático de Derecho cada uno decide qué creer o no creer, el Derecho sólo regula acciones u omisiones pero no pensamientos.

IV.2.2. Al no existir daño, tampoco está claro quiénes serían las “víctimas”.

La titularidad activa viene demarcada por el daño generado, por tanto, si éste no existe, no se tiene certeza frente a quiénes son los titulares de la acción, es decir, las víctimas. En el caso del Principio Precautorio las víctimas necesariamente aún no existen.

A mayor abundamiento, si un juez actualmente decide un juicio, en materia ambiental, sometido a su decisión aludiendo a la protección del medio ambiente en interés de generaciones futuras u argumentos no esgrimidos por las partes del juicio, o que no dicen relación directamente con sus propios intereses, podría ser objeto de recurso de casación en la forma por *ultra petita*; esto es, por haber otorgado más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. (Art. 768 N° 4 del CPC).

IV.2.3. Como no existe daño no hay claridad en cuanto la “relación causal”.

Precisamente, una de las características del Principio Precautorio es la falta de certeza a propósito de las causas que eventualmente podrían provocar daño grave e irreversible, debido a la información contradictoria entregada por la Ciencia, o bien, porque no sea recomendable comprobar las posibles consecuencias.

Los criterios de imputación en el ámbito normativo de la relación causal en materia civil considera *prima facie* la certeza de la relación causal. La discusión se centra en que si resulta legítimo o no responsabilizar a todos quienes intervinieron en la producción del daño. Por ejemplo, el taxista que, sin saber, lleva al delincuente a asaltar un banco o el funcionario que, sin saber, bota al río sustancias altamente tóxicas y contamina toda una zona. En todos estos casos, el daño efectivamente ocurrió y la discusión no es en torno a la relación causal frente a la cual no existen dudas, sino si resulta legítimo o no responsabilizarlos conforme a derecho, es decir, en el “aspecto normativo” de la relación causal, es decir, al criterio de “imputación”.

Frente al Principio Precautorio, la discusión se forma a partir del punto de inicio, ya que desde la perspectiva natural de la relación causal no se tiene certeza a propósito de quién va a generar el futuro daño, se trata de una imputación eminentemente normativa.

Si pensamos en la imputación de un hecho sin considerar el ámbito causal, estaríamos, incluso, un paso más allá de la responsabilidad estricta, porque aun esa

categoría de responsabilidad, considera la relación causal, ya que lo excluido en su configuración es la culpabilidad.

IV.2.4. Al no existir daño ni relación causal cierta, tampoco se tiene certeza a propósito del “agente” generador del daño.

En el supuesto de una responsabilidad civil sin “daño”, sin “relación causal” y sin “víctimas” tampoco es posible determinar los agentes concretos que generan los daños. En el Principio Precautorio difícilmente los autores del daño serán coetáneos con las posibles víctimas.

Este análisis civil previo, es necesario para comprender que el Principio Precautorio es esencialmente “cautelar” y que incide en la toma de decisiones sin daño efectivo y sin el conocimiento si ese daño efectivamente va a ocurrir.

La dificultad conceptual de incluir en nuestra responsabilidad civil al Principio Precautorio, es posible constatarla a través del análisis del profesor Enrique Barros Bourie, quien establece que el “Principio Relativo a la efectividad del daño: el daño debe ser cierto”, incluso el daño futuro, aunque asume que el umbral entre el daño futuro cierto y eventual es puramente prudencial. (BARROS; 2007: 236 y siguientes). Precisamente, en este umbral “puramente prudencial” se ubica el Principio Precautorio.

IV.3 ¿Responsabilidad penal por “posible” daño ambiental?

Después de analizar la posible aplicación del Principio Precautorio en Chile en la responsabilidad extracontractual, nos parece adecuado reflexionar la posibilidad sobre una posible responsabilidad penal entorno a los “peligros” ambientales.

Primero que todo, hay que tener presente que en materia penal rige el principio *nullum pena, nullum crime sine lege certa* (no hay pena si no hay delito si no hay ley cierta); es la rama del Derecho en que rige el Principio de legalidad en todo su esplendor.

Tal exigencia no es antojadiza, ya que tiene el fundamento más básico en un Estado Democrático de Derecho: los órganos del Estado están autorizados para restringir las garantías y derechos individuales en forma excepcional ya que la regla general es respetar tales garantías y derechos⁴⁰, siendo uno de ellos la libertad personal⁴¹.

⁴⁰ “**Art. 5 inciso 2º.** El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

“Art. 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁴¹ Art. 19 N° 7 de la Constitución Política.

Cabe especificar que nuestro sistema penal parte de la base que sólo pueden ser responsables las personas naturales, ello lo consagra nuestro Código Procesal Penal en el artículo 58⁴². Una posible sanción que se podría dictar si una compañía vulnera durante variadas ocasiones la normativa ambiental relevante es su disolución – “muerte de la persona jurídica”-. Sin embargo, puede suceder que las personas naturales o jurídicas creen nuevas figuras para intentar evitar tal sanción, y que todas las veces sean distintas las personas jurídicas las responsables por tales infracciones. En atención a lo anterior, será necesario que frente al desarrollo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se deba considerar la “Teoría del Velo Corporativo” y entender que, en definitiva, estamos frente a una persona natural o jurídica configurada por los mismos intereses económicos tras un conglomerado empresarial.

Para concluir este apartado, deseamos enfatizar que la aplicación del Principio Precautorio es prácticamente imposible en nuestro Derecho Penal actual. Primero, porque no se podría imputar a los principales entes contaminadores (industrias); segundo, las víctimas muchas veces aún no saben que lo son o quizás porque las verdaderas víctimas aún no existen; tercero, no se podría valorar la prueba conforme a la “sana crítica”, porque en estos casos no habrían “principios científicamente afianzados”, lo que desafía el principio más básico del Derecho Penal, *in dubio pro reo*; es decir, el tribunal ante la duda, debe absolver al inculpado⁴³ y, por último, tal inflación

⁴² **Artículo 58.-** Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.

⁴³ **Artículo 340.-** Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”

normativa del Derecho Penal atenta contra la noción del Derecho Penal mínimo en un Estado Democrático de Derecho.

IV.4. Responsabilidad Ambiental consagrada en la Ley 19.300 Ley General de Bases del Medio Ambiente (LGBMA).

Reflejo persistente de la confianza en la Certeza Científica.

La ley sobre las Bases Generales del Medio Ambiente, cuya última versión es la publicada en el Diario Oficial el 26 de Enero de 2010, se observa la persistencia del sentido común, la fe en la certeza de la ciencia toda vez que para determinar si un proyecto debe realizar una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental, se debe tener seguridad de los efectos de la actividad:

En efecto, los artículos pertinentes de la mencionada ley, señalan:

Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: (...)

Artículo 12.- Los Estudios de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

c) Una descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental.

Artículo 12 bis.- Las declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental.

Respecto de estos artículos, podemos efectuar dos observaciones:

- i) Aquellos proyectos que deben efectuar un Estudio de Impacto Ambiental deben entregar una “descripción pormenorizada” de aquellos “efectos, características o circunstancias” contemplados en el artículo 11.

- ii) Aquellos proyectos que deban efectuar una Declaración de Impacto Ambiental deben entregar “antecedentes necesarios” que justifique el porqué no trae aparejado alguno de los “efectos, características o circunstancias” contemplados en el artículo 11.

Distinguir entre la probabilidad negativa o posibilidad positiva de provocar ciertos efectos, características o circunstancias del artículo 11, invoca, en ambos casos, cierto nivel de consenso científico al respecto, lo cual guarda toda coherencia, con la

exigencia de insertar medios o métodos de paliar o mitigar tales efectos, tal como lo exige el Artículo 12 de la mencionada ley, el cual señala:

Artículo 12.- Los Estudios de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

e) Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente.

En definitiva, bien sea para decir “por qué sí”, “por qué no” o para “determinar los medios para mitigar o paliar dichos efectos”, el agente económico debe basarse en la certeza científica y tener control sobre la relación causa-efecto. De esta manera y, en concordancia con el sentido común decimonónico, nuestra ley ambiental sigue presuponiendo y fundamentándose en la certidumbre de la Ciencia.

En cuanto a la responsabilidad ambiental, también se sigue confiando en la certidumbre de la Ciencia y en la posibilidad de determinar la causa del daño, agregando a dicho elemento natural la calificación jurídica de culpabilidad en el actuar del agente económico.

En efecto, la LGBMA establece el principio de la responsabilidad por culpa (artículo 51). El mismo régimen debe estimarse aplicable a la acción de reparación en naturaleza del daño ambiental (artículo 53). Por tanto, no existen dudas a propósito de que la LGBMA mantiene la responsabilidad por culpa⁴⁴; *ex post* daño, estableciendo

⁴⁴ Clases del profesor Sergio Montenegro, curso optativo de Derecho Ambiental, II semestre año 2007, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

acciones reparatorias del daño ambiental producido y acciones indemnizatorias de los perjuicios que provocan los daños al medio ambiente.

En efecto, el artículo 51 de la LGBMA deja de manifiesto que la responsabilidad se configura a partir del daño. En efecto, tal disposición señala:

Artículo 51.- Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

Cabe tener presente que a pesar que en el Derecho Comparado la acción ambiental por actividades particularmente peligrosas suele estar sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta, en el Derecho chileno se rige por el estatuto general de responsabilidad por culpa (BARROS; 2007: 471). No debemos olvidar que si bien el estatuto de responsabilidad estricta exime la prueba del dolo o culpa, sí exige que se haya causado efectivamente el daño y la relación causal sea probada entre la actividad del agente y el daño.

IV.4.1 El Tratado sobre Daños provenientes de derrames contaminantes de hidrocarburos.

Con anterioridad a la legislación general sobre medio ambiente, fue ratificado por Chile el tratado sobre daños provenientes de derrames contaminantes de hidrocarburos en el mar -Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29.11.1969

aprobado por el DL 1.808/1977, promulgado por DS 475-1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores (Diario Oficial del 8.10.1977).

Los principios de responsabilidad establecidos por este tratado fueron recogidos por la Ley de navegación, que establece una regla de responsabilidad estricta por el sólo hecho del derrame (artículo 144). Siguiendo una práctica generalizada en casos de responsabilidad estricta, la ley (siguiendo el convenio internacional) establece un límite al monto por el cual se responde; como también es usual, dicho límite no rige si al propietario, armador u operador se le puede imputar culpa (artículo 145). Asimismo, la ley exige un seguro o garantía que caucione la responsabilidad estricta (artículo 146).

Es interesante observar que *en todos estos casos se sigue actuando frente a daños ex post*.

IV.5 Posible Aplicación Vía Recurso de Protección:

En virtud del artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política y la Naturaleza eminentemente cautelar del Recurso de Protección.

A criterio nuestro, si quisiéramos un camino rápido para aplicar el Principio Precautorio inmediatamente en nuestros tribunales, podría ser a través de la acción – más conocido como “recurso”- de protección, en virtud de la interpretación conjunta del artículo 5 inciso 2º en relación al artículo 6 y 20, todos de la Constitución Política, más los tratados y convenciones internacionales en los que Chile es parte y que acogen el Principio Precautorio.

El indiscutido carácter “cautelar” del recurso de protección, intenta evitar el perjuicio a las garantías individuales, posibilitando la interposición el recurso de protección ante una “amenaza”.

Ahora bien, en cuanto a la amenaza contra el medio ambiente, cabe tener presente lo señalado por el abogado Gonzalo Jiménez, encargado del grupo ambiental en el estudio Cariola Díez Pérez-Cotapos y el hecho que los tribunales ordinarios actualmente estén al tanto de las materias eminentemente técnicas “*deja bastante que desea*”, en el sentido que no cuentan con todos los conocimientos ni antecedentes del caso, lo que vuelve algo inadecuadas sus decisiones⁴⁵.

Un ejemplo de la poca razonabilidad de los jueces para resolver conflictos de relevancia ambiental fue el caso Campiche, el cual generó una gran inseguridad jurídica. En tal caso, la Corte Suprema detuvo la construcción de una termoeléctrica a cargo de la segunda mayor empresa eléctrica del país, AES GENER, que estaba construida en más del 50% y que significaba US\$ 500 millones para producir 270 MW⁴⁶. La empresa habría contado con una Resolución de Calificación Ambiental favorable en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁴⁷.

Otro caso nacional en que también es posible observar lo peligroso de esta “ley ambiental en blanco” es lo ocurrido en el caso de la termoeléctrica que intentó ubicarse

⁴⁵ Destacado abogado del área Ambiental y Recursos Naturales. Entrevista realizada el día 19 de marzo de 2010, ver transcripción en Anexo N° 2.

⁴⁶ <http://chileconomia.wordpress.com/2009/06/23/suprema-frena-central-campiche/>

⁴⁷ Para revisar aspectos negativos de dicha sentencia, ver “Campiche ¿un fallo expropiatorio?” [<http://congresoconstitucional.cl/main.php?pag=67>]

cerca de Punta de Choros⁴⁸. El proyecto, que habría cumplido con todas las exigencias legales, terminó siendo detenido por el mismo Presidente de la República.

Algunos de los problemas más importantes de la discrecionalidad de los jueces en el recurso de protección –en la que fácilmente pueden influir grupos de presión - ya han sido constatados por otros autores, como por los profesores Andrés Jana y Juan Carlos Marín, quienes han sostenido que:

La fijación de límites al RP es necesaria, ya que otro de los serios riesgos que lleva consigo acciones muy generales y con amplias atribuciones para los jueces, como la protección, es el de adaptarse demasiado fácilmente a los sentimientos particulares que despierta el caso. Ello se ve corroborado por la propia jurisprudencia, en la que es posible observar como en ciertas ocasiones el recurso, más allá de la cuota de discrecionalidad que necesariamente lleva envuelto, se ha transformado en una especie de jurisdicción de equidad (JANA y MARIN; 1996: 104) .

En efecto, el juicio de “equidad” que implica el recurso de protección que, a su vez, no cuenta con un proceso legalmente tramitado y que sea de lato conocimiento, es tremendamente peligroso si consideramos que la sentencia finalmente decidirá el futuro económico de una región, una zona o del país completo.

Resulta importante recordar que el Recurso de Protección se hace válido frente a actos que son “arbitrarios o ilegales” y tiene la naturaleza cautelar de proteger un

⁴⁸ <http://www.salvemospuntadechoros.org/>

derecho o garantía que no se discute, por eso tiene pleno sentido que en la tramitación del recurso no se reciba la causa a prueba. El conflicto surge cuando garantías igualmente protegidos por el Derecho se contraponen, tal como ocurre en los conflictos ambientales.

En este sentido, apoyamos completamente la conclusión de los profesores Jana y Marín sobre esta materia:

El análisis de los fallos demuestra que el principal problema que hoy en día enfrentan la doctrina y la jurisprudencia es el fijar condiciones de aplicación más precisas para el RP, dentro de cada una de las distintas áreas y materias en las que puede operar (JANA Y MARIN; 1996: 105).

A pesar de la certeza en la existencia de las garantías constitucionales, la tensión entre los intereses individuales y los intereses colectivos parecen ser tan consustanciales al recurso de protección en sí mismo, toda vez que al otorgar una garantía individual a un ciudadano, ello significa que se está limitando en algún aspecto a la comunidad para que dicho particular pueda llevar a cabo su propósito, y, viceversa, si se otorga una garantía comunitaria, inevitablemente existirán particulares que no podrán concretar sus intereses porque deberán acomodarlos a los límites fijados en beneficio de la comunidad.

También existen conflictos al interior de las garantías individuales -por ejemplo, libertad de expresión versus derecho a la honra- y entre diferentes garantías colectivas -como por ejemplo, el derecho al trabajo versus a vivir en un medio ambiente libre de contaminación-.

En relación a este tema, el profesor Enrique Barros ha señalado:

Las garantías constitucionales constituyen un marco abierto de bienes jurídicos que están en conflicto recíproco. Ya en abstracto existe, por ejemplo, una tensión insuperable entre los derechos de igualdad y libertad. Y algo similar ocurre en muchos otros ámbitos: ¿cómo resolver, a través de una fórmula general, el conflicto entre la libertad de expresión y el respeto a la honra y la privacidad?; ¿o el existente entre la protección del medio ambiente y el bien público de que se creen nuevas industrias y se genere trabajo y prosperidad?⁴⁹.

De esta manera podemos concluir que el derecho constitucional garantiza el ejercicio de distintas facultades que se oponen entre sí.

Precisamente en las próximas páginas intentaremos entregar una posible solución al problema de la aplicación del Principio Precautorio en la resolución de conflictos particulares en los cuales se contraponen intereses particulares e intereses colectivos específicamente en relación con el problema ambiental, a través del establecimiento de una ley que mantenga el respeto a la separación potestades y garantías en un Estado Democrático de Derecho.

⁴⁹ BARROS, Enrique; Tensiones del Derecho Actual; DRJ Doctrina, Tomo LXXXVIII, versión electrónica, página WWW.WESTLAW.CL, p. 7.

CAPITULO QUINTO: CONCLUSIONES

V.1. Democracia y Principio Precautorio:

Una legislación en forma y fondo necesaria.

Considerando que los Colegisladores pueden dictar normas generalmente obligatorias y deben preocuparse por el bienestar de la sociedad, nos parece óptimo que sea la legislación el medio a través del cual se establezca qué hacer frente a la incertidumbre en la Ciencia y no entregar tal decisión a la discrecionalidad de la judicatura. El protagonismo debe estar entregado a los representantes de la nación a través de la legislación y no a tribunales.

Tanto los Colegisladores, como los integrantes de varios organismos de la Administración, han sido elegidos democráticamente, por tanto, es obligación de ellos considerar los intereses generales, estableciendo las directrices y planificando para ello. A los jueces no les corresponde ni están facultados para decidir generalmente atendiendo al interés colectivo; a mayor abundamiento el Artículo 3 del Código Civil prescribe que sus decisiones sólo son vinculantes a las partes del juicio.

La respuesta de qué hacer frente a excesiva y contradictoria información científica (incertidumbre) cuando se tienen garantías constitucionales en pugna y la delimitación entre intereses individuales e intereses colectivos debe estar determinada por la ley, al igual como el artículo 140 del Código Procesal Penal establece los

requisitos para la prisión preventiva y qué se va a entender por “peligro para la seguridad de la sociedad”⁵⁰.

Sólo a través de una planificación general consagrada en una ley e implementada por todos los órganos involucrados se puede hacer frente eficazmente al problema ambiental, que es un problema global y no meramente sectorial o que afecte sólo a las partes de un juicio.

⁵⁰ **Artículo 140.-** Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitan presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes” (Destacado agregado).

V.2. Propuesta de Legislación.

Terminamos nuestro trabajo con la convicción que la legislación es el medio legítimo para regular el Principio Precautorio en Chile y basándonos en las consideraciones de los destacados abogados entrevistados – Fernando Atria⁵¹ y Gonzalo Jiménez⁵²- y la ponencia del destacado profesor Gonzalo Cubillos⁵³, quienes dejaron establecido mediante sus afirmaciones que toda aquella normativa que limite o restrinja la actividad económica debe ser precisa y no genérica u abstracta, estimamos pertinente proponer siguiente disposición:

En el evento de que, como consecuencia de una actividad humana y/o comercialización de ciertos productos, pudiera existir riesgo grave e irreversible de daño ambiental o salud humana, la falta de certeza científica respecto de su existencia o extensión, no podrá ser motivo para postergar u omitir la dictación de medidas precautorias administrativas o judiciales adecuadas para evitar que dicho daño grave e irreversible se produzca, sea no autorizando el desarrollo de ciertas actividades o el comercio de determinados bienes, estableciendo condiciones para el desarrollo de la actividad o comercialización de los productos o bien, deteniendo dicha actividad o comercio.

La posible existencia del daño será determinada conforme a antecedentes científicos mínimos necesarios. El riesgo constatado por los antecedentes científicos mínimos necesarios, será la condición, proporción y duración de las medidas precautorias.

⁵¹ Entrevistado con fecha 3 de abril del año 2009.

⁵² Entrevistado con fecha 19 de marzo del año 2010.

⁵³ Noveno Diálogo Ambiental de fecha 9 de julio del año 2009 llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En todo caso, se entenderán por adecuadas en cuanto tipo, extensión y duración, las medidas que sean proporcionales al riesgo de daños graves e irreversibles provocados por ciertas actividades o productos, constatado por los antecedentes científicos mínimos necesarios.

Todas las medidas administrativas o judiciales dictadas conforme a este artículo, deberán sujetarse a revisión ante el mismo organismo que las dictó una vez que se constaten nuevos antecedentes científicos que innoven de forma determinante el conocimiento considerado al decidir dictar medidas precautorias.

Se entenderá por nuevos antecedentes científicos determinantes, aquellos que de haber existido al momento de decidir la dictación de medidas precautorias, hubiesen llevado a la autoridad administrativa o judicial a la conclusión contraria, o promovido la dictación de otro tipo de medidas o condiciones.

El órgano competente para conocer de las solicitudes presentadas conforme el inciso anterior será, en primera instancia, el mismo órgano administrativo o judicial que dictó las medidas precautorias a través de una revisión administrativa o recurso de reposición en su caso. En segunda instancia, a través de un recurso de apelación conocerá la Corte de Apelaciones competente.

Esta fórmula del Principio Precautorio inspirada en el Art. 5.7 del Acuerdo MSF del GATT/OMC, incorpora aquellos elementos que consideramos relevantes para una correcta consagración de dicho Principio en nuestro ordenamiento jurídico.

V.2.1 Recomendaciones Formales para la incorporación del Principio Precautorio en nuestra legislación.

El artículo que trate el Principio Precautorio sería recomendable incorporarlo en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante indistintamente “la Ley”).

Proponemos la creación de un artículo que pretendemos debe insertarse en el Título I “Disposiciones Generales” precisamente porque no se relaciona específicamente con el resto de la Ley, la cual parte desde el presupuesto contrario del Principio Precautorio, esto es, desde la certeza en cuanto a los efectos de las actividades que menciona –por ejemplo en el Art. 10- y, como consecuencia de dicha certeza, prescribe el Sistema de Evaluación Ambiental a determinadas actividades.

El Principio Precautorio jugará un rol decisivo en aquellas actividades o productos que consideramos inocuas/os más que en aquello que *per se* ya sabemos que provocan enormes consecuencias en el medio ambiente. En efecto, la discusión científica y, junto con ello, la incertidumbre, ocurrirá precisamente en los casos en que no existe certeza actual de las consecuencias nocivas de determinadas actividades o productos.

V.2.2 Recomendaciones Materiales o Sustanciales para la incorporación del Principio Precautorio en nuestra legislación.

Para que el Principio Precautorio sea útil, es necesario entender las “actividades” y “productos” generadores del posible daño grave e irreversible al medio ambiente en sentido genérico, debido a que especificarlos sería limitarlo a lo señalado

expresamente en la ley y restaría eficacia a actividades riesgosas futuras o productos peligrosos que aún no existen o que aún no son considerados como tales.

Recordemos que la falta de certeza científica, como elemento esencial para la aplicación del Principio Precautorio, impide que estemos seguros a propósito del agente generador del daño, actividad riesgosa o productos peligrosos, por lo mismo resulta recomendable entender al Principio Precautorio de manera funcional o formal más que sustancial, una racionalidad que atienda a lo que rodea o provoca una actividad más que a la actividad en sí misma.

No debemos olvidar que el riesgo debe ser latente, es decir, que existen antecedentes científicos mínimos y suficientes como para poder imputar posibles daños a actividades o productos determinados, el mero “temor” no debe ser considerado como argumento suficiente.

Ahora pasaremos a detallar, cómo eventualmente podrían ser entendidos cada uno de los conceptos y criterios utilizados en el Artículo propuesto, que hemos definido como conceptos funcionales o formales:

- **Actividades humanas y/o comercialización de ciertos productos en sentido genérico.**

Considerando que el derecho no regula hechos de la naturaleza sino que el actuar humano, no podemos exigir que regule peligros provenientes del medio en que vivimos. Ahora bien, suponer una línea divisoria clara y precisa entre las consecuencias nocivas para el medio ambiente generadas por el mismo ecosistema y las provocadas por el accionar humano es algo que, en principio, puede resultar realmente complejo o quizás utópico.

Si en algún porcentaje de dicho riesgo, el accionar humano resulta decisivo para el potencial daño grave e irreversible, el derecho debe actuar y hacerse cargo del problema, legislando y estableciendo “reglas del juego”.

En atención a lo anterior, el artículo propuesto establece:

En el evento de que, como consecuencia de una actividad humana y/o comercialización de ciertos productos, pudiera existir riesgo grave e irreversible de daño ambiental o salud humana, la falta de certeza científica respecto de su existencia o extensión, no podrá ser motivo para postergar u omitir la dictación de medidas precautorias administrativas o judiciales adecuadas para evitar que dicho daño grave e irreversible se produzca, sea no autorizando el desarrollo de ciertas actividades o el comercio de determinados bienes, estableciendo condiciones para el desarrollo de la actividad o comercialización de los productos o bien, deteniendo dicha actividad o comercio.

En este escenario, podemos observar tres facultades que tendrán las autoridades administrativas y judiciales ante el riesgo de un daño grave e irreversible:

- 1) No autorizar el desarrollo de una actividad económica o comercialización de determinados productos;
- 2) Autorizar condicionalmente el desarrollo de una actividad económica o comercialización de determinados productos; y
- 3) Detener una actividad económica o eliminar del mercado determinados productos.

Cabe tener en cuenta que perfectamente se podrá interpretar el Principio Precautorio considerando los derechos de los consumidores, como por ejemplo, el derecho a la información⁵⁴.

Actualmente existen dos importantes ejemplos en que ya se aplica el Principio Precautorio, son las regulaciones del tabaco y la emisión de CO2 por parte de los automóviles -en el primer caso porque eventualmente provocaría cáncer y, el segundo, porque el CO2 dañaría la capa de ozono-. En ambos casos, no se prohíbe la comercialización de los productos, pero se imponen normas de etiquetado para el tabaco y sistema de restricción vehicular.

- **Debe tratarse de riesgo de daño grave e irreversible:**

Para que opere el Principio Precautorio, es necesario que el riesgo o amenaza de daño sea de un perjuicio grave e irreversible, circunstancias que deben operar en forma copulativa.

Es necesario que el riesgo de daño sea grave, porque al ordenar una medida precautoria sin (absoluta) certeza científica, se podría afectar otros intereses jurídicos relevantes, entonces, este requisito viene a compensar y a otorgar algún grado de certeza jurídica al resto de los actores, que pudieran ver amenazados sus intereses legítimos.

Adicionalmente, el riesgo de daño debe ser irreversible, pues si el daño se pudiera reparar, y fuera posible volver al estado original una vez que éste ocurre, no habría razón para decretar medidas precautorias, ya que el responsable del daño podría hacerse cargo del mismo y rendir cauciones para evitar la medida que se pretende imponer.

⁵⁴ Por ejemplo el derecho contemplado en el Artículo 3 letra b) de la Ley 19.496 que establece las Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Última versión 3 de marzo del año 2010.

- **Debe existir falta de certeza científica, pero no una falta de antecedentes, *conditio sine qua non*:**

La existencia del Principio Precautorio se justifica ante la necesidad de actuar para evitar daños que no pueden ser pronosticados con certeza científica más allá de la duda razonable y que, sin embargo, debido a su potencial nocivo, se torna necesario evitar. Esta falta de certeza puede deberse a datos científicos contradictorios, o ausencia de información determinante. Sin embargo, debe existir algún tipo de información científica plausible o suficiente para que justifique o provea un indicio sobre la eventual la existencia del daño.

Debemos estar atentos a que el Principio Precautorio no debe transformarse en una herramienta de activistas para que se evite o limite cualquier actividad humana sin que sea necesario fundamentar suficientemente la eventual existencia del riesgo o amenaza. Si bien no existe certeza, deben existir antecedentes científicos mínimos relevantes y necesarios, que sean *conditio sine qua non* para el establecimiento de las medidas en cuanto tipo, extensión y temporalidad. Recordemos que el Derecho regula acciones u omisiones y no meras expectativas o simples temores.

- **Medidas precautorias adecuadas:**

Este elemento dice relación con los dos puntos anteriores. Por lo mismo, nuestra propuesta de artículo especificaba:

La posible existencia del daño será determinada conforme a antecedentes científicos mínimos necesarios. El riesgo constatado por los antecedentes científicos mínimos necesarios, será la condición, proporción y duración de las medidas precautorias.

En todo caso, se entenderán por adecuadas en cuanto tipo, extensión y duración, las medidas que sean proporcionales al

riesgo de daños graves e irreversibles provocados por ciertas actividades o productos, constatado por los antecedentes científicos mínimos necesarios.

Este elemento dice relación con el Principio de Proporcionalidad – que también está inserto en el concepto de “medidas precautorias” de nuestro Derecho Procesal- conforme al cual es necesario que la medida precautoria sea diseñada en atención a la medida del daño que amenaza.

- **Deber de revisión de la resolución administrativa o sentencia judicial sobre la constatación de un “nuevo conocimiento científico determinante”**

Este es quizás el elemento más importante dentro de nuestra propuesta y cuya inspiración se encuentra en el Artículo 5.7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) del GATT comentado en el Capítulo III de esta memoria.

El artículo que nosotros proponemos establece:

Todas las medidas administrativas o judiciales dictadas conforme a este artículo, deberán sujetarse a revisión ante el mismo organismo que las dictó una vez que se constaten nuevos antecedentes científicos que innoven de forma determinante el conocimiento considerado al decidir dictar medidas precautorias.

Se entenderá por nuevos antecedentes científicos determinantes, aquellos que de haber existido al momento de decidir la dictación de medidas precautorias, hubiesen llevado a la autoridad administrativa o judicial a la conclusión contraria, o promovido la dictación de otro tipo de medidas o condiciones.

El órgano competente para conocer de las solicitudes presentadas conforme el inciso anterior será, en primera instancia, el mismo órgano administrativo o judicial que dictó las medidas precautorias a través de una reconsideración administrativa o recurso de reposición en su caso. En segunda instancia, a través de un recurso de apelación conocerá la Corte de Apelaciones competente.

La expresión “conocimiento científico determinante” es necesaria, pues dada la imposibilidad de asumir que “todo esté dicho en la ciencia” sino que, por el contrario, debemos tomar decisiones razonables existiendo incertidumbre en la ciencia. Para tomar tales decisiones, a nuestro juicio, resulta conveniente considerar lo establecido en el Art. 5.7 del Acuerdo MSF, es decir, al carácter provisional de las medidas precautorias y su obligatoria revisión sobre la base de la nueva información disponible.

De esta forma, podemos apreciar cómo las medidas precautorias dictadas en el marco del Principio Precautorio tienen, esencialmente, un carácter de resoluciones del tipo sustancial provisional, “*rebus sic stantibus* de los conocimientos científicos” al tiempo de dictarse una resolución administrativa o sentencia que autorice o no autorice, condicione o detenga una actividad económica o comercialización de productos.

Resulta inconveniente asignar un plazo determinado a los recursos de revisión o reposición, en atención a que éstos dependen de los avances de la Ciencia y de la eventualidad del surgimiento y desarrollo de nuevos conocimientos que de haber sido considerados al momento de la decisión administrativa o judicial, la conclusión hubiese sido sustancialmente diferente. Esto sería una excepción para nuestro Derecho, toda vez que generalmente los recursos tienen un plazo establecido en la ley.

En relación a los nuevos conocimientos que nacen del desarrollo de la Ciencia –aquellos que habilitarían la interposición de recursos de revisión o reposición- no es necesario esperar que se alcance un acuerdo o que el criterio cambie en forma radical, sino que bastaría comprobar que de haber sido considerados tales conocimientos se habrían dictado medidas precautorias distintas. Cabe recordar que de existir acuerdo dentro de la comunidad científica ya no corresponde aplicar el Principio Precautorio sino que el Principio Preventivo.

La Revisión o Reposición de la medida precautoria provisional se hará ante el organismo que dictó la resolución que autorizó o no autorizó, condicionó o detuvo la actividad o comercialización de determinados productos, sobre la base de nueva información relevante a través de un Recurso de Revisión si el órgano es de la Administración o un Recurso de Reposición si fue un tribunal. Posteriormente y, en el caso de desacuerdo entre el particular y la autoridad administrativa o judicial, existirá la posibilidad de apelar ante la Corte de Alzada correspondiente. No se consideró posible entregar la competencia de segunda instancia a los Tribunales Ambientales -que próximamente existirán en Chile- porque eventualmente ellos mismos dictarán medidas precautorias, y será contra sus resoluciones respecto de las cuales recurrirán los particulares.

Cabe mencionar que el artículo aquí detallado, sólo hace referencia a los elementos que consideramos esenciales para poder incorporar en nuestra legislación el Principio Precautorio, por lo mismo, no abordamos todos los detalles del procedimiento y de los recursos.

V.3 Comentarios Finales.

Para terminar este trabajo, deseamos enfatizar que los mismos argumentos que Andrés Bello tuvo en mente al redactar los artículos 19 y siguientes del Código Civil, o los autores de los Códigos de Procedimiento Civil y Procesal Penal al regular los medios y la valoración de la prueba, e incluso, la misma filosofía que existe detrás de la codificación como un punto de partida del desarrollo jurídico moderno, pueden ser esgrimidos por nosotros para abogar por la legislación del Principio Precautorio: reglas del juego claras y seguridad jurídica. A estos argumentos, agregamos el respeto a la Democracia en un Estado de Derecho, el desarrollo de libre iniciativa económica y la efectividad en la protección del medio ambiente.

Sin lugar a dudas, la toma de decisión aplicando el Principio Precautorio, es un proceso político y social complejo, que requiere considerar consecuencias financieras, comerciales, industriales, en la salud, en la agricultura y eventualmente en toda actividad humana, pero tras de dichas consideraciones, previamente se debe tomar una decisión filosófica-epistemológica a propósito de nuestro saber legítimo: la Ciencia.

En efecto, podemos elegir uno de los siguientes presupuestos, que nos llevarán a distintas consecuencias:

Presupuesto 1: Pensar que el mundo natural es algo estático, controlable y que la ciencia nos lleva hacia la “verdad” ⁵⁵ . Si la naturaleza no se controla, es un problema de la ciencia.	Presupuesto 2: Pensar que el mundo natural es indeterminado, caótico, incontrolable ⁵⁶ . Si la naturaleza no se controla, es porque la misma ciencia es incontrolable.
Consecuencia práctica: A través de la	Consecuencia práctica: No existe

⁵⁵ Concepto de mundo físico de Isaac Newton.

⁵⁶ Concepto de mundo físico con posterioridad a Albert Einstein.

<p>ciencia podemos seguir avanzando en el camino hacia la “verdad” de los hechos.</p>	<p>“verdad” al final del camino; los hechos son complejos e impredecibles en esencia.</p> <p>Nuestro conocimiento va cambiando a través del tiempo.</p>
<p>Consecuencia jurídica: Sentencias que resuelven problemas ambientales con efecto de cosa juzgada en sentido clásico una vez alcanzada la “verdad”, logrando la convicción del juez.</p> <p>En principio, podría no haber recursos frente a las sentencias ni posibles nuevos juicios, el asunto simplemente no se volvería a discutir.</p>	<p>Consecuencia jurídica: Sentencias que resuelven problemas ambientales serán con efecto de cosa juzgada sustancial provisional, <i>rebus sic stantibus</i> del conocimiento científico al momento de dictarse la sentencia.</p> <p>Estará sujeto a recursos o tramitación de nuevos juicios si aparecen cambios a propósito del conocimiento que tenemos sobre los hechos y sirvieron de base para la dictación del fallo.</p>

Hasta el momento el sentido común y el derecho han operado confiando plenamente en la exactitud de la Ciencia, presuponiendo nuestro conocimiento certero sobre los hechos, por tanto, el problema hasta el momento ha sido acerca del cambio del hecho que sirvió de base para una Resolución de Calificación Ambiental que autorizó una determinada actividad, por ejemplo⁵⁷. Pues bien, nosotros planteamos la pregunta en el sentido de que el cambio se produce en el conocimiento acerca del hecho que sirvió de base y no en el hecho mismo.

⁵⁷ Ver Memoria de Prueba de Doris Sepúlveda Solar, titulada “Invalidación sobreviniente de la Resolución de Calificación Ambiental por modificación de su presupuesto de hecho”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2008.

Estar concientes de la decisión sobre qué entendemos nosotros por conocimiento es importante toda vez la omisión de una deliberación para tomar una decisión, es en sí misma una decisión, es decir, si una materia no es discutida es porque otros están decidiendo por nosotros. Tal como lo señala Niklas Luhmann:

Frente a la imposibilidad de decidir de manera perfectamente racional (óptima) y frente a la imposibilidad de prever lo que habrá sido una decisión, toda comunicación se convierte en riesgo: el de no haber atendido algo que más adelante resulta ser importante o el de haber decidido de alguna manera que más adelante resulta errónea o, de algún modo, reprochable (...) Pero la no comunicación tampoco nos protege de ese riesgo, puesto que puede ser convertida, como omisión, en una decisión (LUHMANN; 1998: 242).

Por tanto, la omisión del debate sobre cualquier tema, es en sí misma, una decisión. Por otro lado, no debemos dejar que dicha decisión sea tomada sólo por “expertos”, ya que si bien si bien las normas técnicas no son una novedad en nuestra historia, ya que en la etapa anterior a la modernidad eran comunes los reglamentos básicos y característicos del sistema gremial, cada gremio regulaba desde los procedimientos operativos, hasta las características técnicas de los materiales a emplear o de los productos resultantes (ESTEVE; 1999: 155). En cambio, el moderno Estado se opone abiertamente a tal estructura gremial, a su poder autónomo de regulación, afirmando el monopolio normativo del Estado e impone reglas generales y abstractas iguales para todos los ciudadanos.

En efecto, sólo a través de una norma general y abstracta, formulada a través de instancias que respeten la democracia, se podrá especificar la aplicación del Principio Precautorio:

- i) respetando los presupuestos de un Estado Democrático de Derecho al no instrumentalizar a los individuos en post de intereses comunitarios;
- ii) siendo una solución política y jurídicamente razonable toda vez que en el problema ambiental existen multiplicidad de sujetos activos y pasivos -que muy probablemente ni siquiera sean coetáneos en el tiempo- lo que dificulta la resolución directa del problema entre los mismos involucrados;
- iii) evitando la vulneración del comercio internacional de bienes a través de barreras técnicas y la vulneración a la libre iniciativa económica a nivel interno;
y
- iv) actuar en forma coordinada conforme a las directrices internacionales; para ejecutar una política ambiental realmente eficaz para hacer frente al problema ambiental que es un conflicto global.

Por tanto, sólo a través de políticas estatales claras planificadas a través de leyes generales y abstractas que sean acordes con la normativa internacional comercial y ambiental, se evitarán problemas a nivel interno en relación al principio de legalidad⁵⁸ y al respeto a las garantías individuales -como la libre iniciativa económica- y, a nivel internacional, evitará la competencia desleal y la imposición arbitraria de barreras técnicas al comercio de bienes. Al mismo tiempo, se tratarán de medidas realmente eficaces para evitar la degradación del medio ambiente.

⁵⁸ Principio de Legalidad y el Principio de Reserva Legal. El primero impone que sólo en virtud de una ley que los faculte, los órganos del Estado pueden actuar (Artículo 7 de la Constitución Política) y, conforme el segundo, resulta obligatorio para los representantes de la nación dictar una ley para aquellas decisiones que de alguna u otra manera afectarán la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad y, que bajo ningún supuesto, en dicha regulación podrán afectar las garantías en su esencia (Artículo 19 N° 22 en relación al N° 24 y N° 26 de la Constitución Política).

BIBLIOGRAFÍA

I. Entrevistas

- 1- ATRIA, Fernando; abogado, profesor en la Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez. Entrevista realizada el día viernes 03 de abril de 2009.
- 2- JIMÉNEZ, Gonzalo; abogado especialista en materia ambiental, socio del estudio jurídico Cariola Díez Pérez-Cotapos. Entrevista realizada el día viernes 19 de marzo de 2010.

II. Fuentes Oficiales.

- 4- BOLETÍN N° 5974-07, sobre la “Reforma Constitucional que incorpora el cambio de límites, la enajenación y la desafectación de Parques Nacionales dentro del dominio legal, adecuando la legislación interna a la Convención para la Protección de la flora, fauna y las bellezas escénicas naturales de América”.
- 5- BOLETÍN N° 6816-07, que modifica el artículo 19, números 23 y 24 de la Constitución Política, para señalar que una ley regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que sobre las aguas se reconozca a particulares.
- 6- CÓDIGO CIVIL [www.congreso.cl]
- 7- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL [www.congreso.cl]
- 8- CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES [www.congreso.cl]
- 9- CÓDIGO PROCESAL PENAL [www.congreso.cl]
- 10- COMEST, UNESCO, “Informe del Grupo de Expertos sobre Principio Precautorio”, Año 2005.
- 11- COMEST; “The Precautionary Principle”, año 2005.
- 12- COMISION DE LA COMUNIDAD EUROPEA; “Comunicado sobre el Principio Precautorio”. Año 2000.
- 13- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA [www.congreso.cl]
- 14- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of Court’s judgment of December

- 1974 in Nuclear Tests [New Zealand v. France], order 22 IX 95 (1995) [www.icj-cij.org]
- 15- CORTE SUPREMA, Fallo Caso Campiche confirmando a la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
 - 16- KOROMA, Dissenting opinion on Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of Court's judgment of December 1974 in Nuclear Tests [New Zealand v. France], order 22 IX 95 (1995) [www.icj-cij.org]
 - 17- OMC, Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, (GATT de 1947) [www.wto.org]
 - 18- OMC, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. [www.wto.org]
 - 19- OMC, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio [www.wto.org]
 - 20- OMC, Informe del Órgano de Apelación Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos, 1998. [www.wto.org]
 - 21- OMC, Informe del Órgano de Apelación J Comunidades Europeas — Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto ,2001. [www.wto.org]
 - 22- OMC, Informe del Órgano de Apelación Japón — Medidas que afectan a los productos agropecuarios, 1999. [www.wto.org]
 - 23- PALMER, Dissenting opinion on Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of Court's judgment of December 1974 in Nuclear Tests [New Zealand v. France], order 22 IX 95 (1995) [www.icj-cij.org]
 - 24- PROYECTO DE LEY que crea el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Mensaje N° 352-356.
 - 25- PROYECTO DE LEY sobre lo Contencioso Administrativo (Boletín n° 687-07).
 - 26- TREVES, Separate Opinion on Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, 1999. [www.itlos.org]
 - 27- TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, Order on Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, 1999. [www.itlos.org]
 - 28- TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, Request For Provisional Measures And Statement Of Case Of Ireland, 2001. [www.itlos.org]
 - 29- TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, Written Response of the United Kingdom on Request For Provisional Measures And Statement Of Case Of Ireland, 2001. [www.itlos.org]

30- WEERAMANTRY, Dissenting opinion on Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of Court's judgment of December 1974 in Nuclear Tests [New Zeland v. France], order 22 IX 95 (1995) [www.icj-cij.org]

III. Otras Fuentes.

31- AGUILAR, Soledad; ESTRADA, Raúl; *"El Principio Precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente"*, LA LEY, Suplemento de Derecho Ambiental, Buenos Aires, septiembre del año 2003.

32- ANUARIO DE DERECHO CIVIL, La Responsabilidad Civil por inmisiones y daños al medio ambiente, p. 45.

33- ARANZADI, (1996) Las Reparaciones al Medio Ambiente, Navarra.

34- ARTIGAS Carmen, *"El Principio Precautorio en el Derecho y la Política Internacional"*, Naciones Unidas CEPAL, mayo de 2001.

35- ATRIA, Fernando; Apuntes de clases de la Cátedra Introducción al Derecho II "Teoría de la Argumentación Jurídica", Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Segundo Semestre, año 2003.

36- AUTO ACORDADO de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.

37- BARROS, Enrique; *Tensiones del Derecho Actual*; Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, versión electrónica, página [www.westlaw.cl]

38- BARROS, Enrique; *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

39- BASCUÑÁN, Antonio (1998) "Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno", en *Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho, apuntes de clases.

40- BLOG CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL, [en línea] <<http://cdauch.blogspot.com/>> [consulta: 09 marzo 2010]

41- BULYGIN, Eugenio. "Creación y Aplicación del Derecho". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Año 2001, Editorial Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

42- CANE, Peter, *Indemnización por daños medioambientales*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

- 43- CHEYNE, Ilona, Gateways to the Precautionary Principle in WTO Law; 2007, Oxford Journal Of Environmental Law.
- 44- CHILECONOMÍA, [en línea]
<<http://chileconomia.wordpress.com/2009/06/23/suprema-frena-central-campiche/>> [consulta: 25 marzo 2010]
- 45- COONEY, Rosie, and Lang, Andrew, "Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade", *European Journal of International Law*, 2007.
- 46- COOTER, Robert y ULLEN, Thomas, *Derecho y Economía*, (1997) (1998), México: Fondo de Cultura Económica, traducida de la 2da edición inglesa.
- 47- CORRAL, Hernán, "Daño Ambiental y Responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del Medio Ambiente", 1996, *Revista Chilena de Derecho*, 23, 143.
- 48- CORRAL, Hernán, "El Sistema de Impacto Ambiental y la responsabilidad civil por daños al medio ambiente", 1999, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1, 79.
- 49- CORRAL, Hernán, "La relación de causalidad en el sistema de torts del common law", en *Martín*, año 2004, 141.
- 50- CORREA, Rodrigo, *Vulgarización por constitucionalización*, Revista de Derecho y Humanidades N° 11, 2005, 161.
- 51- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, "La Constitución y el Proceso Civil"; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.
- 52- CUBILLOS, Gonzalo; abogado especialista en materia ambiental, socio del estudio jurídico Barros y Errázuriz. Exposición "Noveno Diálogo Ambiental" realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con fecha 9 de julio del año 2009
- 53- DELGADO, Verónica, "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo". En *Martín/Tapia*, año 2005.
- 54- DOCKENDORFF, Cecilia; "Los árboles no dejan ver el bosque. Una mirada a la metacultura de la modernidad", Santiago 2000. Material de Lectura, Curso de Teoría Social, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Primer Semestre 2003.
- 55- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la relación de causalidad en al responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno, en Roma y América", *Revista de Derecho de Concepción*, 209, año 2001, 7).

- 56- DURÁN, Valentina (2006) "Caso CELCO: un fallo controvertido de la Excma. Corte Suprema", en *Revista del Derecho Ambiental Año II N°2* (Santiago, LOM Ediciones).
- 57- DURÁN, Valentina,
<http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2009/agosto/v_duran_comision_senado.htm> [consulta: 09 marzo 2010]
- 58- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Traducción de Ernesto Garzón, 1967, Madrid: Guadarrama.
- 59- ESTEVE, José; *"Técnica, Riesgo y Derecho"*; Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1999.
- 60- FERNÁNDEZ, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Santiago de Chile, 2004, Editorial Jurídica, 2da edición.
- 61- GÓMEZ, Fernando y PASTOR, Santos, "El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico", 1990, en *Anuario de Derecho Civil*, 43, 495.
- 62- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 63- HASSEMER, Winfried; *El Sistema Jurídico y Codificación: La Vinculación del Juez a la Ley*"; El Pensamiento Jurídico Contemporáneo, edición española a cargo de Gregorio Robles, Material de Lectura. Posición Institucional del Juez en el Derecho Contemporáneo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año académico 2002.
- 64- HASSEMER, Winfried; *El Sistema Jurídico y Codificación: La Vinculación del Juez a la Ley*"; El Pensamiento Jurídico Contemporáneo, edición española a cargo de Gregorio Robles, Material de Lectura. Posición Institucional del Juez en el Derecho Contemporáneo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año académico 2002.
- 65- HAYEK, Friedrich Von, *Los fundamentos de la libertad*, Traducción de José Vicente Torrente), 1975, Madrid: Unión.
- 66- HEGEL, Georg, WILHELM, Friedrich, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Traducción Alfredo Llanos, (1821) (1987), Buenos Aires: Siglo XX.
- 67- HISTORIA DE LA CIENCIA, [en línea]
<<http://www.historiasdelaciencia.com/?p=200>> [consulta: 02 agosto 2009]
- 68- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, edición española de E. Tierno Galván, (1651) 2005, Madrid, Tecnos, 6ta edición.
- 69- HOWARTH William, "The Interpretation of 'Precaution' in the European Community Common Fisheries", *Policy Journal of Environmental Law*, Published by Oxford University Press, 2008.

- 70- JANA Andrés; MARÍN Juan Carlos; “Recurso de Protección y Contratos”, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Santiago de Chile.
- 71- JOSSERAND, Louis, “Relatividad y abuso de derecho”, en *El Abuso de Derecho y otros ensayos*, 1982, Bogotá: Temis.
- 72- KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa*, (1965), 1976, Traducción Enrique Barros, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- 73- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (1934), 1960, Traducción de Moisés Nilve, de la edición francesa, Buenos Aires: Eudeba.
- 74- LANG, Andrew, and, Cooney, Rosie, “Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade”, *European Journal of International Law*, 2007.
- 75- LEY 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, conforme a su última versión publicada en el Diario Oficial el día 26 de Enero de 2010.
- 76- LEY 19.496 que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Última versión : 03-02-2010 [www.congreso.cl].
- 77- MARR, Simon, “The Southern Bluefin Tuna cases: The Precautionary Approach and Conservation and management of Fish Resources”, *European Journal of International Law*, 2000.
- 78- MENARES, Fabiola, *Campiche ¿un fallo expropiatorio?*, [en línea] <<http://congresoconstitucional.cl/main.php?pag=67>> [consulta: 25 marzo 2010]
- 79- MOLINARI, Aldo, “De la responsabilidad civil al derecho de daños, tutela preventiva civil”, en *Martinic*, año 2004.
- 80- MONTENEGRO, Sergio; apuntes de clases, cátedra “Derecho Ambiental”, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Segundo Semestre, año 2007.
- 81- MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Garnier hermanos, París 1921,
- 82- PÁGINA DEL CONGRESO, [en línea]
<<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/642879/Tribunales-ambientales-y-Superintendencia-de-Medio-Ambiente-quien-le-pone-el-cascabel-al-gato.html>> [consulta: 09 marzo 2010]
- 83- PEÑA Carlos; *Los Desafíos Actuales del Paradigma del Derecho Civil*; texto de la conferencia dictada el 26 de octubre de 1995 en el marco del Ciclo de Derecho organizado por el Centro de Estudios Públicos.
- 84- PEÑA, Carlos, *Análisis Económico de la responsabilidad civil, en Instituciones Modernas Derecho Civil*, año 1996, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 516.

- 85- PERCIVAL, Robert, “Resolución de conflictos ambientales: lecciones aprendidas en la historia de la contaminación de las fundiciones de minerales, en Prevención y solución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas”. *Actas de las 2das Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, Santiago de Chile; Lexis Nexis.
- 86- PEREZ, Carlos; *Sobre un Concepto Histórico de Ciencia*, Universidad ARCIS, LOM Ediciones, Agosto 1998.
- 87- POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
- 88- POSNER, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, Traducción de Eduardo Suárez, año 1992, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- 89- PRINCIPIO PRECAUTORIO, [en línea]
<http://www.albamontereal.com.ar/notas/principio_precautorio.html>
[consulta: 09 agosto 2009]
- 90- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, *Tensiones en el Derecho actual*, Tomo LXXXVIII, 1ra parte, 9.
- 91- RODRÍGUEZ, Pablo, *De la relatividad jurídica* (crisis del sistema legal y estatutos jurídicos funcionales). 1965, Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- 92- ROMERO Melchor, Sebastián; “Principio de Precaución ¿Principio de Confusión?”; *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 207, Mayo-Junio 2000.
- 93- SALVEMOS PUNTA DE CHOROS
<<http://www.salvemospuntadechoros.org/>> [consulta: 20 febrero 2011]
- 94- SANDS, Phillippe; *International Courts and the Precautionary Principle, 2002: Precaution, from Rio to Johannesburg*. United Nations Environment Programme for the Geneva Environment Network.
- 95- SEPULVEDA, Doris; *Invalidación sobreviniente de la Resolución de Calificación Ambiental por Modificación de su presupuesto de Hecho*”, Memoria de Prueba para conseguir el título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 96- SIERRA, Lucas (2008) “Reforma de la Institucionalidad Ambiental: Problemas y Oportunidades”, en *Documentos de Trabajo Nº 373* (CEP Chile).
- 97- STEELE, Katie, “The precautionary principle: a new approach to public decision-Making?”; *Law, Probability and Risk* (2006) 5, 19–31 doi:10.1093/lpr/mgl010 Advance Access publication on August 8, 2006.

- 98- VALENZUELA, Rafael, *La responsabilidad por daño ambiental, en Derecho del medio ambiente*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 1998. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 66.
- 99- VERGARA FISCHER, Javier, *La responsabilidad en la ley de bases del medio ambiente*, en Derecho y Humanidades, año 1992.
- 100- VON IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Facetas de su Desarrollo*. Tomo Primero. Editorial Comares S.I. Granada. 1998.