

UNIVERSIDAD DE BOGOTA JORGE TADEO LOZANO
MAESTRIA EN DERECHO AMBIENTAL Y SOSTENIBILIDAD

EL PRINCIPIO DE PRECAUCION:

Una aproximación en el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, la Costumbre
Internacional y su desarrollo en Colombia.

Presentado por
Ana María Villegas Ramírez

Dirigido por
Profesor David Marín

Facultad de Ciencias Sociales
Área Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales
2023

INDICE

Introducción	3
1. El Derecho Internacional Ambiental	
2. La costumbre Internacional	8
3. El Principio de Precaución	
4. El Principio de Precaución en Colombia	43

EL PRINCIPIO DE PRECAUCION:

Una aproximación en el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, la Costumbre Internacional y su desarrollo en Colombia.

Introducción

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, “El Derecho Internacional define las responsabilidades legales de los Estados en sus relaciones entre ellos, y el trato a los individuos dentro de las fronteras estatales.”¹ Sus competencias comprenden una gran variedad de problemas de importancia internacional, entre los que figuran los derechos humanos, el desarme, el delito internacional, los refugiados, las migraciones, los problemas de nacionalidad, el trato a los prisioneros, el uso de la fuerza y la conducta durante la guerra.²

El Derecho Internacional como ente regulador de los bienes comunes mundiales, como el medio ambiente, el desarrollo sostenible, las aguas internacionales, el espacio ultraterrestre, las comunicaciones mundiales y el comercio internacional; para hacer cumplir con el ordenamiento jurídico internacional cuenta con la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU”³.

En lo concerniente a la costumbre internacional, que es en esencia, derecho no escrito o ágrafo, definido por la reiteración de actos o prácticas a las que se atribuye fuerza jurídica por la conciencia colectiva. Como es sabido, el derecho internacional fue en sus orígenes, un derecho eminentemente consuetudinario, ya que nació como un grupo de usos y prácticas internacionales. En la actualidad, y a pesar de la existencia de una gran cantidad de tratados y convenciones internacionales, el valor jurídico de la costumbre internacional todavía juega un rol

¹ Rodríguez Veltzé, E., & Rojas Tudela, F. (2017). Justicia en el ámbito internacional. *Revista Jurídica Derecho*, 6(7), 47-62.

² Ibid.

³ ONU (2023) *Defender el derecho internacional*. <https://www.un.org/es/our-work/uphold-international-law#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20derecho%20internacional,dentro%20de%20las%20fronteras%20estatales>

de importancia, que se manifiesta principalmente en la práctica internacional de los Estados. Pero, también es cierto que los tiempos han cambiado.⁴

Una de las ramas que contempla el Derecho Internacional, es el Derecho Internacional Ambiental (DIA), el cual es un compendio de declaraciones, tratados y normas vinculantes y voluntarias que se han desarrollado a la par del conocimiento científico y la toma de conciencia del estado actual de nuestro mundo natural.”⁵

El contexto fundamental del DIA es brindar un marco jurídico que pueda ser utilizado en la protección de los recursos que sustentan la vida sobre la tierra, facilitando a las comunidades y a las personas una normatividad que les permita defender el bien común ambiental, en los niveles local, nacional e internacional.

Ahora bien, en el Derecho Internacional Ambiental, uno de los principios más expuestos, es de Precaución. Este principio, se aplica en temas de medio ambiente y de salud pública, por ejemplo, cuando un producto, tecnología o proyecto tiene el potencial de producir impactos ambientales altamente negativos, aunque no haya una evidencia científica⁶ concluyente.

Los antecedentes del Principio de Precaución tienen su origen en el Derecho Ambiental Alemán en 1970; y, en el ámbito internacional, en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente de 1972; y, su consolidación como Principio del DIA, en la Cumbre de la Tierra de Rio de Janeiro en el año 1992.

El precitado Principio ha sido adoptado por los estados como práctica jurídica, dándole un nuevo enfoque legal. Si además, es relacionado como una costumbre repetida aceptada en derecho; configurándose el “*opinio iuris sive necessitatis*” (obligación jurídica o de necesidad), debe existir la convicción de que una determinada conducta debía cumplirse por ser una obligación jurídica,

⁴ R Argés, J. (2021). Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y la costumbre internacional. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 51(134), 239-260.

⁵ Villamizar Cuburuco, R. S., Buitrago Ardila, A. T., & Pantoja Perenguez, J. E. (2019). Responsabilidad internacional del estado colombiano frente a la explotación de minas de Marmato en Caldas.

⁶Lavanya Rajamani; Jacqueline Peel, (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford University Press, 2021. p. 302

como lo indica el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁷, con lo cual este principio, podría considerarse consuetudinario, siendo posible su utilización para resolver jurídicamente, conflictos ambientales entre los estados.

En este sentido, la presente investigación se estructura bajo una mirada sobre el ámbito del derecho internacional ambiental, el consuetudinario internacional y la evolución jurídica del Principio de Precaución, en Colombia.⁸

Con base en las anteriores consideraciones, este trabajo investigativo, ha sido construido en cuatro partes y en cada una de ellas se abordará:

1. El Derecho Internacional Ambiental, que reglamenta actuaciones ambientales, tanto al interior de los estados, como a nivel transfronterizo.
2. La costumbre internacional, su origen, requisitos, aplicación, clases, formación.
3. El Principio de Precaución y los principales instrumentos internacionales que lo contemplan, como su aplicación en materia ambiental internacional, a través de decisiones que surgen de diferentes conflictos jurídicos, que han podido ser resueltos en rigor bajo este Principio.
4. Un acápite sobre el Principio de Precaución en Colombia y su posible relación bidireccional en el ámbito consuetudinario con el Derecho Internacional Ambiental.

Finalmente se presentarán algunas conclusiones que procuran dar evidencia de la estructura, realidad específica que involucra para Colombia con el referido Principio de Precaución y el ámbito del Derecho Internacional Ambiental y la Costumbre Internacional.

⁷ Corte Internacional de Justicia, Capítulo II, Competencia de la Corte. <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%2038&text=La%20Corte%2C%20cuya%20funci%C3%B3n%20es,b>.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1189. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia

1. EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

En el presente capítulo se abordarán los conceptos del Derecho Internacional Ambiental y el aspecto consuetudinario internacional, como preámbulo para abordar los capítulos posteriores concernientes al Principio de Precaución y el contexto en Colombia.

Definición Derecho Internacional:

El Derecho Internacional Ambiental (DIA) es una disciplina que involucra la protección del ambiente como bien común. Se le aplica constantemente para ayudar a defender el ambiente y los derechos humanos fundamentales que dependen de él.⁹ Puede entenderse también, como un compendio de declaraciones, tratados y normas vinculantes y voluntarias que se han desarrollado de la mano del conocimiento científico y la toma de conciencia del estado actual de nuestro mundo natural.

La publicación en 1962 del libro Primavera Silenciosa (Silent Spring) de Rachel Carson¹⁰, que documenta los efectos negativos de los plaguicidas sobre las aves y el ambiente; y la difusión de la imagen conocida como Amanecer de la Tierra (Earthrise), capturada por el astronauta William Anders en 1968¹¹ durante la misión Apolo 8; fue considerada de gran influencia para el movimiento ambiental pues prueba la unidad absoluta de la Tierra vista desde la luna¹².

La Declaración de Estocolmo (1972)¹³, fue el primer documento internacional en reconocer el derecho a un ambiente sano con 26 principios, muchos de ellos han jugado un papel importante en el desarrollo del DIA. El Principio 21¹⁴, confirmó la responsabilidad de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción no causen daños al ambiente de otros Estados. Estableció además el Principio de Cooperación, crucial al reconocer que los países deben unir esfuerzos para hacer frente a los desafíos globales de nuestro entorno común.

⁹ Ortúzar (2020) <https://aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>

¹⁰ Carson, R. (2009). Silent spring. 1962.

¹¹ William Anders. foto "Earthrise" o "amanecer de la Tierra" el 24 de diciembre de 1968

¹² ORTUZAR, Florencia. "El Derecho Internacional Ambiental Historia e Hitos". En [en línea]. 21 de abril (2016). [consultado 13-08-2017]. Disponible en <http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>

¹³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972 | Naciones Unidas

¹⁴ Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972) Principio 21

La Asamblea General de la ONU, allí también, en Estocolmo, creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)¹⁵, órgano central a cargo de los asuntos ambientales en la actualidad.

De forma posterior, comenzaron cambios en los gobiernos nacionales: por ejemplo, se formaron los primeros partidos políticos verdes¹⁶, se crearon algunos Ministerios de Medio Ambiente y comenzó a desarrollarse una importante cantidad de legislación ambiental local. No fue hasta 1983, cuando la ONU también creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Comisión Brundtland¹⁷, orientada en la difícil relación entre ambiente y desarrollo, originó el informe *Nuestro Futuro Común* (1987)¹⁸.

Allí se acogió el concepto de desarrollo sostenible, como *“la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”*¹⁹, otra de las considerables manifestaciones de la evolución del DIA.

En esta época, surgieron los problemas ambientales globales que aún preocupan, como el agotamiento de la capa de ozono, los riesgos para la diversidad biológica y la amenaza del cambio climático. En 1987, para combatir el agotamiento de la capa de ozono, se firmó el Protocolo de Montreal²⁰. Lo cual puede decirse, que es un ejemplo de cooperación internacional²¹.

No ajeno a lo anterior, en 1992, fueron presentadas dos convenciones para firma de los países: el Convenio sobre la Diversidad Biológica²² y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)²³. También se estableció la Declaración de Río, que reafirmó la

¹⁵ AG Res. 2997 (XXVII), 1972

¹⁶ Ortúzar, Florencia. (2020). Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA). El Derecho Internacional Ambiental, historia e hitos. <https://aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambientalhistoria-e-hito>

¹⁷ Brundtland, G. (1987). El desarrollo sostenible. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de: <https://desarrollosostenible.wordpress.com/2006/09/27/informe-brundtland>.*

¹⁸ Común, N. F. (1987). Informe de la Comisión Mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo.

¹⁹ Ibid

²⁰ The 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer | Ozone Secretariat (unep.org)

²¹ Sánchez Álava, E. C. (2022). Desafíos de la cooperación internacional frente al ecocidio medioambiental de Brasil 2019-2021 (Bachelor's thesis, PUCE-Quito).

²² Conference for the Adoption of the Convention on Biological Diversity. 20 - 21 May 1992. Nairobi, Kenya <https://www.un.org/es/observances/biodiversity-day/convention>

²³ De La Convención, P. D. K. (1998). Marco de Las Naciones Unidas sobre el cambio climático. Naciones Unidas, 25, 27.

Declaración de Estocolmo y el programa de acción Agenda 21²⁴, que guía a gobiernos y actores no estatales en las actividades de protección del ambiente. En Río, el concepto central continuó siendo el desarrollo sostenible.

En la Declaración de Río merece especial consideración: el Principio de Precaución, la forma más avanzada de prevención como instrumento jurídico incluso, para la gestión de riesgos²⁵ e importante en la conformación del Derecho Internacional Ambiental moderno. Es un hito importante en la construcción del DIA pues muestra la importancia de la protección ambiental global.

Ahora bien, luego de Río, la mayoría de los tratados económicos importantes comenzaron a incluir la protección ambiental, por ejemplo, el Acuerdo de Marrakech²⁶, por el cual se creó la Organización Mundial del Comercio²⁷ en 1994, siendo primer tratado económico en reconocer las metas de desarrollo sostenible y protección del ambiente.

Con la Convención sobre el Cambio Climático desde 1995, sus firmantes se han reunido cada año en la llamada Conferencia de las Partes (COP). En ese marco, en 1997, se presentó el Protocolo de Kioto²⁸ primer acuerdo internacional en establecer obligaciones jurídicamente vinculantes para los países desarrollados. No obstante, en el 2000, se adoptó la Declaración del Milenio²⁹, que fortaleció la importancia del desarrollo sostenible al reconocer la necesidad de un crecimiento económico sostenible con un enfoque en los pobres y en el respeto a los derechos humanos. Coincidiendo con lo anterior, en la Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, en Johannesburgo, se adoptó la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible³⁰, orientada en el desarrollo y la erradicación de la pobreza.

²⁴ Foy, P. (1998). Agenda 21: desarrollo sostenible: un programa para la acción. Fondo Editorial PUCP.

²⁵ Romeo Casabona, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal, Madrid, UNED, 2001

²⁶ https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/sli_s/5MarrakeshAgreementEstablishingtheWTO.pdf

²⁷ <https://www.wto.org/indexsp.htm>

²⁸ de Kioto, P. (1997). Protocolo de Kioto. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

²⁹ del Milenio, D. (2000). Declaración del Milenio. Resolución aprobada por la Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 13.

³⁰ https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm

Y en 2012, la ONU organizó la tercera Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible, conocida como Río + 20³¹, la cual convocó, Estados miembros, empresas del sector privado, ONG y otras organizaciones. Emitiendo un documento no vinculante llamado “El Futuro que Queremos”³². Allí, los Estados renuevan su compromiso con el desarrollo sostenible y la promoción de un futuro sostenible.

Pasamos al Acuerdo de París (2016)³³, donde los países firmantes se comprometieron para evitar que la temperatura promedio del planeta superará los 2°C, respecto de los niveles preindustriales, y ojalá se mantuviera debajo de los 1.5°C. La relación entre derechos humanos y cambio climático fue reconocida en su preámbulo. Puede identificarse en él, un potencial como instrumento de derecho ambiental internacional. Como ejemplo a resaltar respecto a lo acordado con el referido Acuerdo, la Corte Suprema de Gran Bretaña revirtió la decisión favorable al recurso interpuesto por particulares que pretendía impedir la ampliación del aeropuerto londinense Heathrow por un supuesto aumento en las emisiones de carbono³⁴, bajo el argumento de que el país incumpliría el Acuerdo de París, la sentencia clarificó que no es posible exigir a un Estado que adopte medidas de una severidad mayor a las que se ha comprometido a cumplir por sí mismo³⁵.

En este punto, es de relevancia, sobre todo para Latinoamérica, la Opinión Consultiva (2017)³⁶ por cuanto allí, se reconoció por primera vez el derecho a un ambiente sano como fundamental para la existencia humana, así como los impactos de la degradación ambiental y del cambio climático en los derechos humanos.

Luego de haber realizado una contextualización de la evaluación y desarrollo del DIA, es oportuno, retomar aspectos más centrales de éste, como la clasificación de sus fuentes, y los principios.

³¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/461/64/PDF/N1246164.pdf?OpenElement>

³² para el Secretario General, I. El Futuro que Queremos para Todos.

³³ <https://www.un.org/es/climatechange/paris-agreement>

³⁴ Wagner D y Disparte D. Climate Change. Global Risk Agility and Decision Making. (London: Palgrave Macmillan) (2016), 179

³⁵ R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) (Respondents) v. Heathrow Airport Ltd (Appellant), United Kingdom Supreme Court, on appeal from: [2020] EWCA Civ 214. 16 de Diciembre de 2020. 57

³⁶ State obligations in relation to the Environment (Advisory Opinion) IACtHR (2017) OC-23/

No muy diferente a lo que ocurre en otras ramas del derecho, existe una clasificación de las fuentes del derecho internacional ambiental según de las cuales consideramos claves, las asociadas a la obligatoriedad³⁷ esto es, el Hard Law: “Lo constituye todas aquellas normas de carácter obligatorio, de las cuales nacen obligaciones jurídicas y ante su incumplimiento surge responsabilidad internacional, tales como los tratados internacionales y la costumbre internacional. Y el Soft Law: Lo constituyen las normas establecidas en instrumentos internacionales que no son jurídicamente obligatorias, principalmente las declaraciones internacionales”.

Al ser un aparato jurídico cuyo bien protegido es el ambiente, tenemos entonces, hablar de las fuentes del derecho internacional del medio ambiente que han llegado a convertirse en leyes estatales internas de ámbito nacional:

- I. Tratados internacionales, se han convertido en la fuente principal del derecho internacional del medio ambiente.
- II. La costumbre internacional. A diferencia de los tratados, la costumbre internacional en el Derecho Ambiental se ha desarrollado en los últimos tiempos sólo de manera lenta y poco significativa, debido a que los estados prefieren cada vez más regular la protección ambiental mediante tratados internacionales.
- III. Las declaraciones y resoluciones internacionales. Ciertas declaraciones de conferencias internacionales y resoluciones de organizaciones internacionales como fuentes del derecho internacional del medio ambiente, una que pueden constituir en el futuro un punto de partida para lograr consenso y concluir así una norma consuetudinaria o bien una de carácter convencional”.³⁸

Así mismo, el Derecho Internacional Ambiental también posee principios que son propios de la protección internacional, muchos de ellos son compartidos por otras ramas del derecho, inclusive por el derecho internacionales derivados de la costumbre y de la práctica internacional; poseen ciertas obligaciones para los Estados en materia de protección al ambiente. No obstante, los que a

³⁷ WIKIPEDIA. Recuperado de http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_internacional

³⁸ Mora, R. G., & García, P. R. Derecho Internacional Ambiental El Cambio Climático. 2018

continuación se reafirman constituyen los principios rectores del Derecho Ambiental, sin perjuicio, de otros que están actualmente en surgimiento.³⁹

Los principios más reconocidos del Derecho internacional ambiental son: prevención⁴⁰, precaución, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, patrimonio entre otros. Dado el interés que se muestra en el presente trabajo, nos detendremos en el principio de precaución, por ser el que ha dado lugar a mayores discusiones sobre su naturaleza y alcance y por ser uno de los más críticos a la luz de los cambios globales de nuestro tiempo; punto de inflexión de la más alta sensibilidad a la hora de definir los límites de los desarrollos científicos y tecnológicos y la relación entre comercio y ambiente, entre otros; eje del desarrollo sostenible.⁴¹

Ahora bien, respecto a la Corte Internacional de Justicia,⁴² principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, encargada de decidir las controversias jurídicas entre Estados, y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones que pueden someterle órganos o instituciones especializadas de la ONU; desempeña una doble misión: el arreglo de las controversias de orden jurídico entre los Estados que le sean sometidas por estos (procedimiento contencioso) y la emisión de dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo). Es oportuno hacer énfasis especial en el Artículo 38 de su Estatuto, permitiéndonos enlazar los principales conceptos internacionales:

Artículo 38 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

³⁹ Jaquenod de Zsögön, S. (1991). El Derecho ambiental y sus principios rectores.

⁴⁰ El que abarca tanto la prevención ex ante (acción preventiva frente al riesgo) como ex post (acción preventiva previsor de la reparación del daño), que comprende i.a. a los sub-principios ‘contaminadorpagador’, ‘responsabilidad común pero diferenciada’, etc.

⁴¹ DE CLEMENTE, Z. D. (2010). Principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución. Environmental Law, University of Surrey, CMP Publishers, 1-34.

⁴² Corte Internacional de Justicia (2023) <https://www.un.org/es/icj/how.shtml>

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b. **la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.**
- c. **los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.**
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

(...)

Al enunciar las fuentes principales, se puede identificar que el Estatuto ha ido de la fuente más concreta (convenciones) a la más abstracta (principios generales del derecho). Frecuentemente, se ha señalado para el Derecho Internacional en general que la norma más “concreta” (los tratados) es la que mayor fuerza posee por la precisión de las obligaciones y derechos que enuncia. Sin embargo, en el Derecho Internacional Ambiental esta afirmación queda debilitada, en tanto los acuerdos multilaterales ambientales, frecuentemente, contienen enunciaciones de “soft law” y prevén mecanismos de supervisión y prevención más que sistemas duros de solución de controversias en caso de violación de los tratados, como generalmente, lo hacen otros tratados de Derecho internacional.⁴³

Previamente se ha documentado el Derecho Internacional, el DIA, por lo que pasaremos a la Costumbre Internacional que ampliaremos a continuación, para abordar posteriormente, un capítulo sobre el Principio de Precaución y finalizar con el capítulo sobre el Principio de Precaución en Colombia y su posible relación bidireccional con la costumbre internacional.

2. La costumbre Internacional:

Se entiende por costumbre internacional, costumbre en el derecho internacional o derecho internacional consuetudinario la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como derecho. Las normas consuetudinarias, para ser consideradas como tales, han de estar constituidas por el elemento material, consistente en una

⁴³ de Clément, Z. D. (2002). FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIOAMBIENTE. RECORDIP.

repetición de actos, además del espiritual, que supone que los sujetos están convencidos de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente.

Contrariamente a lo que sucede en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos, donde la costumbre está siendo desplazada progresivamente por las fuentes legales, la importancia de ésta, en el sistema jurídico internacional continúa siendo enorme. Ni los tratados, ni la codificación, ni la obra de las organizaciones internacionales han socavado la posición de las normas consuetudinarias en el esquema de fuentes internacional.⁴⁴

El derecho internacional es producto de la costumbre, de la práctica consolidada por un período de tiempo y de la cortesía internacional; en sus orígenes, era lo que los Estados acostumbraban a hacer, es decir, era costumbre, uso inmemorial, o actos reiterados durante un largo período de tiempo. Tiene un rol de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional. Si bien, frecuentemente, se ha minimizado la importancia de la costumbre en el Derecho Internacional Ambiental, no debe olvidarse que sobre la base de la costumbre y los principios generales del derecho se han construido los principios generales de este.⁴⁵

¿Qué es la costumbre internacional?:

La costumbre internacional o Derecho internacional consuetudinario, es el procedimiento espontáneo de elaboración de derecho internacional resultante del comportamiento de los estados. Descrita en el ya precitado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como «la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como Derecho».

Siendo entonces, una norma no escrita que resulta de una práctica general, constante, uniforme y duradera de los sujetos de derecho internacional público, aceptada por ellos como derecho, esto es, un método muy natural y extremadamente confiable de desarrollo, pues se deriva

⁴⁴ Derecho internacional consuetudinario. (2019, febrero 27). *DHPedia, La «wiki» de los derechos humanos*. Consultado el 13:57, abril 9, 2023

⁴⁵ Ibid.

completamente de la constante expresión de las convicciones legales y necesidades de las naciones en su interacción mutua.⁴⁶

La gran parte de las definiciones que se pueden aportar acerca de este fenómeno giran en torno a lo dicho en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque es posible encontrar otras fuentes, predominantemente doctrinales, que presentan a la norma consuetudinaria como “la forma primaria de manifestarse la comunidad al estar formada por un conjunto de normas observadas de hecho” o como “el mecanismo a través del cual una comunidad expresa su voluntad”.⁴⁷

De este modo, las normas consuetudinarias, para que puedan ser consideradas como tales, han de estar constituidas por el elemento material, consistente en una repetición de actos, además del espiritual, el cual supone que los sujetos están convencidos de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente.

Requisitos y condiciones:

Además de los elementos material y espiritual, existen una serie de condiciones que la jurisprudencia internacional exige, en mayor o menor medida, para que determinada práctica pase a ser calificada como costumbre:

Aceptación general, una aceptación que no sea dudosa, la medida en cuestión debe ser conocida y aceptada, aunque sea de forma tácita. Para determinarse una práctica como costumbre, es necesario que la mayoría de los Estados participen en la producción de la misma.

Duración, el lapso para determinar una costumbre no está determinado, es decir, que no hay un tiempo establecido durante el cual se deba de cumplir una práctica para que sea considerada como costumbre. Sin embargo, se reconoce que la práctica debe reiterarse por un lapso adecuado de tiempo, descartando la posibilidad de un evento único sea considerado costumbre. La duración de la práctica debe ser considerable, aunque esta práctica ha cambiado mucho desde la antigüedad,

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ Law, C.F. (2023) <https://fc-abogados.com/es/>

por ejemplo: Hugo Grocio hablaba de 100 años. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 20 de febrero de 1969 afirmó que *“el hecho de que no haya transcurrido más que un breve lapso de tiempo no constituye en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario.”*

Aplicación de la costumbre internacional:

Como se menciona anteriormente, el derecho consuetudinario nace de una práctica reiterada por diferentes Estados, que ahora es aceptada como de obligatorio cumplimiento⁴⁸. Dentro del ámbito de aplicación de estas leyes se puede crear una división entre costumbre local y costumbre general, dicho de otra forma, un ámbito universal y un ámbito regional. El ámbito universal, se refiere a cuando una mayoría de los Estados tienen aceptada como costumbre dicha práctica, por lo tanto, tiene una aplicación en todos ellos. Mientras la costumbre regional, se refiere a la práctica que se realiza solamente entre algunos Estados (denominados comúnmente por su posición geográfica), por lo tanto, esta costumbre sólo tiene una validez entre dichos Estados.

Clases:

La costumbre internacional, se pueden detectar tres tipos de clases dependiendo de su función. La primera o la general conocida como costumbre universal es la que puede ser adoptada por todos los estados, como lo dice su nombre, de manera universal. En un contexto más jurídico se trata de aquellas que vinculan al conjunto de los Estados y sujetos del ordenamiento jurídico internacional y en cuya formación participa la generalidad de la comunidad internacional.

El segundo tipo es denominado como costumbre regional y es común en ciertos grupos de estados. Un gran ejemplo es la Unión Europea en la que es un cierto número de países y esos integrantes son los que pueden adoptar la costumbre regional. En cuanto a las costumbres locales o también conocidas como bilaterales, son aquellas que exigen a dos o más Estados en sus relaciones mutuas, a través de una práctica muy puntual y limitada esas relaciones”.

⁴⁸ R Argés, J. (2021). Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y la costumbre internacional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(134), 239-260.

Respecto a la cuestión de la jerarquía de la costumbre internacional en el interior de los ordenamientos jurídicos internos, hay constituciones que la equiparan a la ley por ejemplo, las de Austria y Portugal, con la consecuencia de que puede ser derogada por una ley posterior en aplicación al principio “*lex posterior derogat priori*”, mientras que otras constituciones, como la de Italia, Japón, República Federal de Alemania, Grecia, dan a las normas consuetudinarias internacionales un rango superior a la ley interna lo que implica que una de estas leyes nunca puede derogar a una costumbre internacional.⁴⁹

No obstante, en el caso de los Estados cuyas constituciones guardan silencio respecto de la integración en el Derecho interno del Derecho Internacional consuetudinario, la recepción del Derecho consuetudinario internacional en el orden interno es automática. Por ejemplo, en el caso colombiano ello se deduce del artículo 9 de la Constitución que consagra el respeto a los “principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.⁵⁰

Sin embargo, expresa Kelsen que el Derecho Internacional no hace depender su validez del reconocimiento de un Estado, pues cualquier Estado, por el hecho de serlo, asume las obligaciones y adquiere los derechos que el orden internacional le impone.⁵¹

Lo cual concuerda con lo expuesto por la CPJI, que, por su parte, expresó: “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor”.⁵²

Sentencias de la Corte Internacional de Justicia que se refieren explícitamente a la costumbre particular.⁵³

⁴⁹ Ridruejo, J., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

⁵⁰ Cabra, M. G. M. (2008). El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1, 107-138.

⁵¹ Kelsen, H., Teoría general del derecho y del Estado, 3ª ed., García, E. (trad.), México, UNAM, 1969

⁵² CPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24

⁵³ OEA/Ser. Q 2 al 6 de mayo 2022 CJI/doc. 663/22 Lima, Perú 6 abril 2022 Original: portugués

Primer Caso: OEA (2023) El Caso de Asilo (caso relativo al derecho de asilo colombiano-peruano; fallo del 20 de noviembre de 1950: CIJ, Informes, 1950, p. 266) fue la primera oportunidad que tuvo la CIJ de pronunciarse sobre la posibilidad de la existencia de normas internacionales consuetudinarias particulares. El caso es de gran importancia puesto que, de manera muy significativa, orientó los debates doctrinales y la propia jurisprudencia posterior de la Corte.

El caso abordó una serie de cuestiones relacionadas con la concesión de asilo diplomático por parte del Gobierno de Colombia al ciudadano peruano Víctor Raúl Haya de la Torre.

El tema sobre el derecho internacional consuetudinario particular fue abordado en virtud del argumento de Colombia de que, al invocar el derecho internacional americano en materia de asilo diplomático, se fundamentó en la existencia de una costumbre regional o local propia de los Estados latinoamericanos. Concretamente, la Corte tuvo que decidir sobre la norma de que la clasificación unilateral y definitiva del delito que hizo viable el asilo diplomático le corresponde al Estado que otorga el asilo.

Para la Corte, la parte que alega la existencia de tal costumbre debe probar que es obligatoria para la otra parte. Vale la pena presentar el texto pertinente, el cual se cita constantemente en la literatura sobre derecho internacional consuetudinario particular:

“La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca está de acuerdo con un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial. Ello resulta del artículo 38 del Estatuto del Tribunal, que hace referencia o mención de la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.”

Es pertinente señalar que la Corte invocó el artículo 38 de su Estatuto, el cual no hace mención a la costumbre particular, para sustentar que tal norma resultaría de un uso constante y uniforme

como expresión de un derecho propio del Estado que concede el asilo y un deber del Estado territorial.

Los dos niveles de argumentos presentados por Colombia fueron desestimados. Respecto al primero, si bien se presentaron varios tratados como prueba de la existencia de una práctica, la Corte consideró que, o no eran pertinentes al caso o habían sido ratificados solamente por algunos Estados en el contexto latinoamericano. En el segundo, si bien Colombia ha presentado varios casos de asilo diplomático, estos presentarían, según la CIJ, “incertidumbre y contradicción”, además de estar influidos por “conveniencia política”, por lo que tal práctica no demostraría la existencia de un uso constante y uniforme para posibilitar la creación de una norma consuetudinaria.

Segundo Caso: OEA (2023)⁵⁴ Caso relativo a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos que interpuso Costa Rica contra Nicaragua (Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia, Informes de la CIJ, 2009, pág. 213), la Corte reconoció una de las solicitudes del primer Estado, basándose exclusivamente en una norma consuetudinaria particular, en este caso, bilateral. El caso es también de singular importancia porque la CIJ parece haber flexibilizado claramente los criterios para probar la costumbre particular.

Sin embargo, antes de reconocer la petición de Costa Rica, la Corte se abstuvo expresamente de pronunciarse sobre la existencia de un régimen aplicable a la navegación de ríos internacionales basado en el derecho internacional consuetudinario general o regional. Como se sabe, existen varias interpretaciones doctrinales en el sentido de que, al menos en América del Sur, existiría una norma consuetudinaria regional sobre la libertad de navegación en los ríos.

La petición de Costa Rica de reconocimiento de una costumbre bilateral en materia de pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, fue acogida con vigor. La CIJ entendió que ambas

⁵⁴ OEA/Ser. Q 2 al 6 de mayo 2022 CJI/doc. 663/22 Lima, Perú 6 abril 2022 Original: portugués

partes estaban de acuerdo en reconocer la existencia de una práctica de pesca de subsistencia establecida. La diferencia entre ambas se refería a si esta práctica se había vuelto obligatoria o no. En un pasaje muy breve, la Corte definió la existencia de una norma consuetudinaria aplicable a Costa Rica y Nicaragua en los siguientes términos:

“La Corte observa que la práctica, por su propia naturaleza, especialmente dado lo remoto del área y lo poco denso y escaso de la población, no parece estar documentada de manera formal en archivos oficiales. Para la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho derivado de la práctica, que subsistió sin ser impedido ni cuestionado durante un largo período, es particularmente importante. La Corte concluye que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho queda subordinado a todas las medidas de reglamentación en materia de pesca que Nicaragua pueda tomar con fines legítimos, sobre todo para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente”.

De otro lado, y debido a la variedad de doctrinas extendidas sobre la costumbre internacional, sus elementos, su aplicación, entre otros, es oportuno en este trabajo citar la teoría formulada por Cárdenas Fabián. (2016) en la que se propone que la costumbre internacional es realmente una construcción argumentativa y no un dogma como tal, por cuanto su teoría expone que:

(...) que existen construcciones teóricas que, en determinados tiempos y bajo determinadas circunstancias, se imponen en la práctica internacionalista. Estas construcciones son de naturaleza social, e independientemente de que consideremos que obedecen o no al ejercicio del poder, lo cierto es que en ellas converge el accionar de los diferentes profesionales que se dedican al estudio y ejercicio del derecho internacional.⁵⁵

Dicho postulado es también compartido desde una perspectiva más amplia, esto es, desde el derecho internacional, por Koskeniemi Martti. (2007) quien considera:

⁵⁵ Fabián Cárdenas Castañeda, *‘El Derecho Internacional Consuetudinario Como Marco Argumentativo: Un Enfoque Teórico Alternativo En El Derecho Ambiental Internacional’*”.

El derecho internacional es una práctica argumentativa. Se trata de persuadir al público objetivo, como tribunales, colegas, políticos y lectores de textos legales sobre la corrección legal (legalidad, legitimidad, justicia, permisibilidad, validez, etc.) de la posición que uno defiende. Lo que pasa por método, en otras palabras, tiene que ver con lo que cuenta como argumentos persuasivos en el derecho internacional. La clave para la persuasión es que el argumento es reconocible como un buen argumento legal⁵⁶...

Así entonces, al hablar de la citada teoría es necesario exponer la respectiva metodología, la cual obedece a escenarios de batallas de carácter argumentativas, en las que se promueve una nueva postura respecto del surgimiento de una norma de carácter consuetudinario, hasta que se logre la aceptación. Las batallas argumentativas que dan pie al surgimiento de nuevas normas consuetudinarias no tienen un modelo predeterminado, sino que se ajustan a las circunstancias sociales en las que se producen, habida consideración de los miembros de la comunidad de abogados internacionalistas que las promuevan, el respaldo que obtengan y el nivel de oposición – también argumentativa – que enfrenten⁵⁷.

3. El principio de Precaución

En esta investigación, se podrá identificar la aplicación y alcance del Principio de Precaución, evidenciándose la importancia de la adopción de este Principio en la resolución de casos particulares y en diversas materias.⁵⁸ Igualmente se plantea la posible relación del Principio de Precaución en el ámbito de la costumbre en el DIA, a partir de la práctica generada en diferentes instancias judiciales, donde se ha invocado su aplicación, a través de la discrecionalidad, la presentación de argumentos y a través de diferentes fallos que toman razón en él, pudiéndose identificar su aplicación dentro de procesos y litigios en Colombia y a nivel internacional.

Este Principio de carácter internacional, busca guiar el desarrollo y la aplicación del derecho ambiental internacional donde existe incertidumbre científica,⁵⁹ usándose como soporte jurídico

⁵⁶ Martti Koskenniemi, *Metodología Del Derecho Internacional*, Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional Público (2007).

⁵⁷ Fabián Augusto Cárdenas Castañeda, *Customary International Law as an Argumentative Framework: An Alternative Theoretical Approach in International Environmental Law*, Papers SSRN, (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834291

⁵⁸ Berberoff Ayuda, D. El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español. Consejo General del Poder Judicial (2004).

⁵⁹ Lavanya Rajamani; Jacqueline Peel, (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford University Press, 2021. p. 302

cautelar, cada vez con más frecuencia para resolver situaciones que comprometen el equilibrio del ambiente, evitando posibles riesgos, que las actividades humanas desencadenen consecuencias adversas sobre el medio ambiente⁶⁰. A pesar de no contar con definición precisa, en el marco jurídico, está previsto en la Declaración de Río, así:

PRINCIPIO 15 DE LA DECLARACION DE RIO

Principio de Precaución

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”.⁶¹

Ahora bien, para el caso colombiano, se puede observar una vinculación legal del Principio de Precaución, ya que fue incluido de forma estructural en la Política Ambiental Colombiana, como lo enfatiza la Ley 99 del 93 en el numeral 6 del Artículo 1: Principios Generales. *“La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.”*⁶².

De conformidad con el contenido de la sentencia C-595 de 2010⁶³, el principio de precaución se encuentra constitucionalizado; hecho que se desprende de la internacionalización de las relaciones

⁶⁰ Trudeau, Hélène, “Du droit international au droit interne: émergence du principe de précaution en droit de l’environnement”, en Queen’s Law Journal, 2002-2003 (28) pp 455-527. P 457.

⁶¹ Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972) Principio 15

⁶² LEY 99 DE 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 41146 de diciembre 22 de 1993.

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-595. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia

ecológicas y de los deberes de protección y prevención. Allí se señala: *“Por lo tanto el principio de precaución constituye una herramienta constitucional y de orden internacional de suma relevancia a efectos de determinar la necesidad de intervención de las autoridades frente a peligros potenciales que se ciernen sobre el medio ambiente y la salud pública”*.

La vinculatoriedad del principio de precaución ambiental, “debe analizarse también a partir de la interpretación de otras disposiciones, la cuales tienen jerarquía constitucional, de conformidad con el criterio *stricto sensu*, por ejemplo, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos; para Colombia en el contexto ambiental, tendríamos entre otros, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Existiendo normas de naturaleza ambiental consagradas en nuestra Constitución Nacional, y convenios que consagran el derecho humano ambiental, en la declaración de Rio de Janeiro de 1992, se reconoce el criterio de Precaución, que fue regulado como principio en Colombia en la Ley 99 de 1992”.⁶⁴

¿Qué es el principio de precaución?:

El principio de precaución es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras ante las sospechas fundadas de que ciertos productos o tecnologías crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente, pero sin que se cuente todavía con una prueba científica definitiva de tal riesgo.

El principio de precaución en materia ambiental se distingue del principio de prevención porque el primero exige tomar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que éste ocurra, mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que puede producirse.⁶⁵

⁶⁴ García Urueña, M., & López Becerra, D. L. (2022). El principio de precaución ambiental como fundamento de la responsabilidad del estado colombiano: Reflexiones a propósito del Bloque de Constitucionalidad.

⁶⁵ ¿Qué es el principio de precaución? <https://oab.ambientebogota.gov.co/que-es-el-principio-de-precaucion/> Publicado: 5 agosto, 2021

¿Se trata de un principio ético?

El principio de precaución ha sido cuestionado como principio ético en gran medida porque no es considerado un principio sino un conjunto de principios. El principio de “precaución” o también llamado “de cautela” exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente, operando ante la amenaza a la salud o al medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos.

Según el principio de precaución, cuando haya peligro de considerable reducción o pérdida de diversidad biológica, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas que impidan o minimicen dicho peligro.

Origen e Historia

En cuanto al concepto del Principio de Precaución es preciso indicar que se estiman diversos hechos como su origen; el del año de 1854, debido a la orden en Londres de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James-Londres), a recomendación del médico-investigador John Snow (1854), por relacionar (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) en un área definida de la ciudad con la calidad del agua potable de la bomba ubicada en el sector. O el del año 1959, época en la que la legislación alemana expidió la Ley sobre regulación de aprovechamiento pacífico de la energía atómica y de la protección contra sus peligros, donde se expuso sobre la autorización de una central nuclear la precaución necesaria frente a los daños que pudiera causar la construcción y funcionamiento de esta, en razón al (Acuerdo INFCIRC/11) sobre las relaciones entre las Naciones Unidas y el Organismo internacional de Energía Atómica.⁶⁶

Logró un mayor protagonismo llegando a ser uno de los principios rectores de la política ambiental alemana, allí el Vorsorgeprinzip se relaciona con otros dos principios de su política ambiental. el primero es Verursacherprinzip, que se traduce generalmente como “el que contamina paga”, pero que significa “principio de causalidad” o “principio de responsabilidad”. el segundo, Kooperationprinzip que significa coo-peración o consenso; además, otros dos principios ayudaron

⁶⁶ <https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/1959/infcirc11.pdf>

en el desarrollo de la política alemana, en concreto, el *Wirtschaftliche Vertretbarkeit* o “principio de viabilidad económica”, que sostiene que los costes y beneficios deben ser proporcionales y que pueden aplicarse a todas las actividades económicas, y el *Gemeinlastprinzip* “principio de carga común”, que permite al estado superar las consecuencias no deseadas por la desigualdad.⁶⁷

En razón a lo previsto se puede pensar que los elementos estructurales del “principio de precaución, son: 1. El peligro de un daño grave o irreversible. 2. La incerteza científica. 3. Las medidas precautorias.

“Este principio se encuentra definido en diversos instrumentos internacionales, destacándose los siguientes: La Declaración de Londres de 1987 (Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte); La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (principio 15) que ha sido considerado el instrumento internacional no vinculante más importante desde la Declaración de Estocolmo de 1972, esta última adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo, entre los días 5 al 16 de junio de 1972, entre otros.⁶⁸ La siguiente tabla permite evidenciar como se ha incorporado la precaución en algunos de los principales instrumentos del Derecho Internacional Ambiental.

Tabla Principales instrumentos que involucran el Principio de Precaución

Instrumento	Característica del principio de precaución	Texto
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985	Como simple mención a medidas de precaución	“Teniendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono” (preámbulo, párrafo quinto)
Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias	Por asociación a medidas preventivas	“Tomando nota de las medidas para controlar las emisiones de ciertos clorofluorocarbonos que ya

⁶⁷ Sonja Boehmer-Christiansen. *"The Precautionary Principle in Germany-enablng Government."* *Interpreting the precautionary principle* (2013): 31.

⁶⁸ Moure, A.M. Departamento de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho, Universidad de Chile 2013

que Agotan la Capa de Ozono de 1987		se han tomado en los planos nacional y regional” (preámbulo, párrafo octavo).
Segunda y Tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte 1987 1990	Referencia un enfoque de precaución al ecosistema marítimo	Para alcanzar el desarrollo sostenible las políticas deben basarse en el principio de precaución, las medidas ambientales deben tender a prever, prevenir y atacar las causas de la degradación ambiental. (...)
Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África de desechos peligrosos 1991	Como enfoque precautorio	Cada parte tratará de adoptar y poner en práctica el enfoque preventivo y de precaución en los problemas de contaminación, lo que supone entre otras cosas, evitar que se liberen en el medio ambiente sustancias que puedan causar daño a los seres humanos o al medio ambiente, sin necesidad de esperar que haya pruebas científicas en relación con ese daño.
Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992	Como criterio de precaución	Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (principio 15).
Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y	Rige como principio a aplicar	(...) se regirán por los principios siguientes: EL principio de precaución, en virtud del cual no se aplazarán las medidas para evitar el posible impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas so pretexto de que las

de los lagos internacionales, artículo 2 (5) 1992		investigaciones científicas no han demostrado plenamente una relación causal entre dichas sustancias, por un lado, y un posible impacto transfronterizo, por otro lado.
Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992:	Por mencionar sólo su significado	“Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza” (preámbulo, párrafo noveno).
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992	Como medidas de precaución y con significado	“Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas...” (Artículo 3o.).
Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de texto consolidado con las modificaciones insertadas hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997	Por sinonimia con otros principios como el de “cautela”	“La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva...” (Artículo 174, antes 130 R).
Protocolo de Cartagena sobre	Como enfoque de precaución	“Reafirmando el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre

<p>Seguridad de la Biotecnología de 2000</p>		<p>el Medio Ambiente y el Desarrollo” y también “De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río... el objetivo del presente Protocolo...” (Preámbulo, párrafo cuarto y artículo 1o., respectivamente).</p>
<p>Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001</p>	<p>Como idea de precaución y a la vez principio de precaución</p>	<p>“Reconociendo que la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio” así como también “teniendo presente el principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes” (preámbulo, párrafo octavo y artículo 1o., respectivamente).</p>
<p>Recomendación 1787 (2007) The precautionary principle and responsible risk management aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en enero del 2007 (Apéndice 1).</p>	<p>Como principio de precaución</p>	<p>Avance y desarrollo y la prospección de la cultura precautoria en el ámbito actual del Derecho internacional, las políticas públicas deben respetar la libertad de investigación. No obstante, reitera el documento, ayudar a construir la cultura de precaución no significa interferir en la autonomía de la ciencia.</p>

<p>Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Justicia en Materia Ambiental en América Latina y el Caribe 2018</p>	<p>Como Principio precautorio</p>	<p>Artículo 3. Principios. Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: (...) f) principio precautorio.</p> <p>Lo anterior, para reafirmar el compromiso con los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales, en concordancia el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.</p>
---	-----------------------------------	---

Fuente: Elaboración propia con base en bibliografía.

En todos los instrumentos internacionales que hemos considerado y que incluyen el PP, resulta evidente que las Partes no han puesto de manifiesto intereses o conveniencias particulares, sino un interés común, superior, cuyo desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.⁶⁹

Ahora bien, aun cuando la formulación del principio de precaución en diversos instrumentos difiere, el lenguaje usado en el principio 15 de la Declaración de Río, como se indica previamente, atrae un amplio sustento, por cuanto precisa: *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. Por lo tanto, la articulación de la precaución en la Declaración a menudo se considera un punto fundamental en la aceptación del principio en el derecho ambiental internacional.⁷⁰

⁶⁹ DE CLEMENTE, Z. D. (2010). Principios generales del derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución. *Environmental Law, University of Surrey, CMP Publishers*, 1-34.

⁷⁰ Lavanya Rajamani; Jacqueline Peel, (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford University Press, 2021. p. 307

Ahora bien, respecto a la aplicación de este principio en la escena internacional, Moure, establece:

(...) lo relevante que tiene este principio, tanto como fuente de derecho internacional consuetudinario o bien como norma que se substancia en el derecho de los tratados, es el grado de cumplimiento y vigencia que demuestran a través de la práctica los Estados, ya que son los primeros responsables en garantizar la aplicación del principio de precaución y a su vez hoy en día no hay país que pueda enfrentar sólo asuntos tan difíciles y complejos como resolver el daño ocasionado a la capa de ozono, el cambio climático, catástrofes naturales o provocadas por el hombre, etc.⁷¹

No obstante, el modo y la intensidad de penetración del principio de precaución o en el ordenamiento jurídico como estándar de control de cada Estado es diversa⁷².

De otro lado y toda vez que los elementos per se del principio no se enuncian como tales en la descripción que del Principio se hace en la Declaración de Río de Janeiro, no es ajeno a este, que su desarrollo ha sido también desde el ámbito doctrinario. Al respecto, Uribe & Cárdenas, realizaron las siguientes consideraciones:

(...) Además del desarrollo que el principio de precaución ha tenido por vía de declaraciones y tratados internacionales, también ha habido un gran aporte a su evolución por parte de algunas decisiones de la Justicia Internacional, las cuales han arrojado cierta claridad acerca del alcance y significado del principio y contribuido en la construcción de una definición jurídica más precisa del mismo en situaciones concretas de conservación ambiental.⁷³

El derecho internacional ambiental ha sido el campo apropiado para el desarrollo del principio de precaución, porque si es difícil llegar a un acuerdo internacional sobre normas precisas, es mucho más fácil hacer uso de este principio, por cuanto se ubica como una herramienta para la decisión

⁷¹ Ana Maria Moure Pino, *'El Principio de Precaución'* (2013) 11 Dilemata 21. 23

⁷² César Cierco Seira, (2004): *"El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español"*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp.73-126.

⁷³ Diego Uribe Vargas, Fabian A. Cárdenas Castañeda (n 17).

sobre riesgos controvertidos de ineludible relevancia en la denominada “sociedad del riesgo.”⁷⁴ Sin olvidar que con él se logra centrar la atención sobre problemáticas que requieren de una profundización del conocimiento.⁷⁵

Es invocado y utilizado precisamente para evitar situaciones en donde los daños sean irreparables o su indemnización excesiva⁷⁶, y su aplicación debe ser a partir de tratados vinculantes o sin ellos. No se puede dejar de resaltar que el principio de precaución se ha expandido no solo con su positivización normativa, sino con su aplicación en numerosas sentencias judiciales, nacionales, regionales e internacionales⁷⁷, incluyendo una cifra considerable e importante de normas soft law.

(...) sobre todo cuando existan tratados que los vinculan jurídicamente, o incluso al margen de su voluntad o en determinadas circunstancias en contra de su voluntad, si se aplican principios y normas de *ius cogens*.⁷⁸

Este principio ha mostrado la trascendencia de su influencia desde el Derecho internacional público hasta los Derechos internos de los diferentes Estados, incluso, esto también se ha visto en procesos contrarios, esto es, desde los Estados, hacia el Derecho internacional público, mostrando su doble vía y facilidad de interactuar y confluir en las dinámicas, como en la jurisprudencia y otros.

En efecto, lo relevante que tiene este principio, tanto como fuente de derecho internacional consuetudinario o bien como norma que se substancia en el derecho de los tratados, es el grado de cumplimiento y vigencia que demuestran a través de la práctica los Estados, ya que son los Estados los primeros responsables en garantizar la aplicación del principio de precaución y a su vez hoy en día no hay país que pueda enfrentar sólo asuntos tan difíciles y complejos como resolver el daño ocasionado a la capa de ozono, el cambio climático, catástrofes naturales o provocadas por el hombre, etc.

74 Ulrich Beck. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós. Barcelona. 1998

75 Christine Noiville. "Science, décision, action: trois remarques à propos du principe de précaution." *Les petites affiches* (2004): p-10.

76 Ana María Moure Pino, 'El Principio de Precaución' (2013) 11 *Dilemata* 21. 31

77 Marie-Angèle Hermitte. "Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de Ulrich Beck." *El gobierno del riesgo* Ediciones UNL. Santa Fe (2007).

78 *ibid.*

De esta forma, el principio de precaución se enfoca en determinar qué nivel de mitigación sería necesario para proteger a la sociedad de riesgos innecesarios, lo que da cuenta de una evolución en la forma de enfrentar el riesgo. Si se establece con claridad este nivel, esto permite distribuir la carga de los perjuicios entre las generaciones presentes y futuras, aplicando principios que pueden ser compartidos entre ambas, diferenciando sus responsabilidades. Asimismo, se ha considerado al principio de precaución como un principio deliberativo sobre el concepto de riesgo. En parte, esto es debido a que la evaluación científica no puede proporcionar total certidumbre, que por sí sola sirva de base, para poder definir las opciones políticas, por eso la participación pública es esencial para aumentar la legitimidad en la toma de decisiones.

A este respecto, la creciente aparición y expansión de este principio se ha dado en el derecho internacional del medio ambiente, según el cual la incertidumbre científica en torno a las consecuencias dañosas de ciertas actividades sobre el medio ambiente no exime de la adopción por los Estados de medidas de prevención. La principal diferencia entre el principio de prevención y el de precaución, dice relación con el grado de certeza que pueda darse entre una acción y los daños y perjuicios que pueda provocar. Cuando hay certeza casi total sobre la relación causal entre la acción y el daño, se aplica el principio de prevención.

¿Cómo se podría responder por los intereses de las futuras generaciones? El principio de precaución constituye una respuesta a la falta de certidumbre científica cuando existe la amenaza de un daño serio e irreversible y por lo tanto debe reforzarse en la convergencia con otros principios generales del derecho, tales como: el principio de proporcionalidad, el principio del que contamina paga y el principio de equidad, entre otros, todos ellos integran el principio de precaución. Su protección jurídica y la resolución de conflictos legales en este ámbito pueden resolverse si estas normas y principios, se interpretan o son aplicados por los tribunales internacionales, más allá de las acciones de reparación o indemnizatorias.

El principio de precaución marca un cambio en la forma de abordar los perjuicios, desde una perspectiva de reparación del daño realizado a una perspectiva de control anticipado del riesgo, para evitar e impedir que problemas ecológicos y sanitarios sean a posteriori irreparables.

Este principio demuestra que la incertidumbre sobre riesgos ambientales potenciales graves no es un argumento válido para no adoptar medidas preventivas. En ese sentido, la principal característica del principio es operar como un elemento facilitador, permitiendo tomar medidas preventivas incluso en circunstancias de incertidumbre científica”.

1. El Principio de Precaución en Colombia.

Con base en el análisis histórico, conceptual y de la aplicación del Principio de Precaución a nivel internacional, abordado en el capítulo anterior, se interpreta la naturaleza vinculante del Principio de Precaución en la normatividad colombiana, así como su posible aspecto consuetudinario internacional que involucra la nación, toda vez que Colombia es miembro activo y participe de la ONU, así como país firmante de los tratados y acuerdos, que conciben la precaución como un principio fundamental internacional.

Además, la Constitución Política Colombiana, reformada en el año 91 por una Asamblea Nacional Constituyente, adhirió este principio, y su integración la podemos observar en los artículos 78, 79 y 80:

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger

la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Aunque en primera instancia este Principio no tiene naturaleza vinculante o consuetudinaria en la Declaración de Río en 1993, el hecho que Colombia lo haya integrado dentro de su Constitución Política y en su Política Nacional Ambiental; Ley 99 del 93⁷⁹, además de haber sido incorporado en otras leyes colombianas como, en la Ley 164 del 94, que incluye el ordenamiento jurídico la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y en la Ley 1523 de 2012, que adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, le confiere esa naturaleza vinculante al Principio de Precaución, al hacerlo parte del ordenamiento legal. La inclusión dentro de estas leyes, y en estos tres artículos constitucionales sobre el medio ambiental, y en especial el artículo 80, son importantes para encontrar el carácter vinculante del Principio de Precaución. Sin embargo, además, se observará a continuación, el desarrollo jurisprudencial del principio, donde se sustente la posible evidencia de carácter consuetudinario en Colombia.

En este sentido, López (2019)⁸⁰ nos presenta una mirada sobre seis sentencias cronológicas, que han marcado la evolución del Principio de Precaución en el Derecho Ambiental Colombiano, con lo cual es factico afirmar que, este principio internacional del derecho ha sido incluido, con carácter vinculante constitucional, legal y jurídico en la nación colombiana.

⁷⁹ ARTÍCULO 1º de la Ley 99 de 1993. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

⁸⁰ López, J. G. (2019). Asuntos legales. El Principio de Precaución en el derecho ambiental. Recuperado de [https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905](https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905#:~:text=Ambientalmente%2C%20el%20Principio%20de%20Precauci%C3%B3n,%20evitar%20da%C3%B1os%20al%20medioambiente.). Estefanía López García.

Estas Sentencias, que definen una postura jurisprudencial sobre el Principio de Precaución, establecen un marco jurídico para su aplicación en derecho, frente a posibles litigios para prevenir daños o impactos negativos al medio ambiente en Colombia, actuando de forma cautelar, aun cuando no haya certeza absoluta de los posibles impactos o evidencia concluyente sobre ellos.

- “En la sentencia C-073 de 1995⁸¹, fue incluido como aquel que exhorta a la protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras.
- La C-293 de 2002⁸² profundizó sobre su alcance, y concluyó que, cuando la autoridad deba tomar decisiones específicas encaminadas a evitar un peligro de daño grave, debe proceder de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, aunque no cuente con certeza científica absoluta.
- En la C-339 de 2002⁸³, la Corte desarrolló el Principio aplicado en la actividad minera, indicando que, ante la falta de certeza científica frente a los efectos de la explotación en determinada zona, la decisión debe inclinarse por la protección del medioambiente.
- En la sentencia C-988 de 2004⁸⁴, se expresó la necesidad de la prueba del riesgo para evitar la arbitrariedad en la aplicación del Principio de Precaución. Con ello se evidenció el deber de las autoridades ambientales de determinar hasta dónde es admisible o no el riesgo argumentado.
- En la misma línea, con la C-595 de 2010⁸⁵ se indicó que este Principio exige una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental en pro a optimizar el entorno de vida natural. Es decir, la Corte se separa de la prioridad proteccionista para dar relevancia a la seguridad jurídica.
- Finalmente, en la sentencia proferida el 25 de enero de 2019, con radicado 2014-218, el Consejo de Estado indicó que el Principio de Precaución supone la necesidad de que la autoridad ambiental no tome la falta de certeza científica absoluta como una excusa para

⁸¹ Sentencia C-073 de 1995. Corte Constitucional. -Revisión constitucional de la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, "por la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992.- Constitucional, C. (1995). Sentencia C-073 de 1995. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸² de Colombia, C. C. (2002). Sentencia C-293/02. *Medio Ambiente Sano-Desarrollo jurisprudencial constitucional*, Referencia: expediente D-3748. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁸³ de Colombia, C. C. (2002). Sentencia C-339/02. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001- Código de Minas-.

⁸⁴ Constitucional, C. Sentencia C-988 de 2004. MP Humberto Sierra porto. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 822 de 2003, artículos 1, 3 parcial, 4 parcial y 6 parcial, por la cual se dictan normas relacionadas con los agroquímicos genéricos.

⁸⁵ Constitucional, C., & Plena, S. (2010). Sentencia C-595 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Exp. D-7977.

impedir o dilatar la adopción de medidas tendientes a la protección del medioambiente y de los recursos naturales”.⁸⁶

Considerando el marco constitucional, la Política Nacional Ambiental y las sentencias señaladas anteriormente, se puede precisar al Principio de Precaución, como un principio, reconocido, acogido y ratificado con carácter vinculante en Colombia. Ahora bien, considerando el objeto de la presente investigación, indagaremos sobre las consideraciones que puedan conferir o no, a este principio, un estatus consuetudinario en derecho; como una regla de común aceptación, tanto a nivel transfronterizo, como al interior de la nación.

En este contexto, se presentan tres casos de sentencias, cuyos fallos han sido motivados invocando el principio de precaución en Colombia. Estos casos seleccionados, en tres tópicos distintos, muestran una potencial relación consuetudinaria del Principio Precaución en Colombia, ya que se podría considerarse como una costumbre repetida aceptada en derecho, que incluso más adelante pudiese tener más acogida y respaldo, cumpliendo así, con el “*opinio iuris sive necessitatis*” (obligación jurídica o de necesidad), tal y como lo indica el Artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Primer caso (Sentencia T-1062 de 2001) Ariza (2019)⁸⁷ “Inicia esta acción de tutela en marzo de 2010, Lucila Baena Parra solicitó la tutela de sus derechos, que consideró vulnerados por la administración de su conjunto residencial, quien celebró un contrato de arrendamiento con COCELCO S.A, la otra entidad tutelada, siendo el objeto de este contrato el arriendo de zonas comunes del conjunto, con miras a colocar antenas de telecomunicaciones en él.

La parte actora, solicita el amparo transitorio de los derechos a la integridad física y personal, núcleo familiar, a la vida y medio ambiente, toda vez, que Lucila Baena Parra se encuentra en un estado de salud delicado, y al vivir en el último piso del edificio donde habían colocado 18 antenas de telefonía celular en el techo y una antena tipo plato para microondas, debido al contrato de

⁸⁶ López, J. G. (2019). Asuntos legales. *El Principio de Precaución en el derecho ambiental*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905#:~:text=Ambientalmente%20el%20Principio%20de%20Precauci%C3%B3n,%20evitar%20da%C3%BIos%20al%20medioambiente.>

⁸⁷ Ariza, A.C. (2019) Wed, 20 Mar 2019 in Revista Jurídicas CUC. https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/2612/2720#content/contributor_reference_1

arrendamiento entre el conjunto y la empresa de telecomunicaciones, se le empeoró dicho estado debido muy posiblemente a las radiaciones electromagnéticas proferidas por los aparatos.

En el caso analizado, se encuentran presentes todas las prerrogativas de aplicación: El peligro de daño, manifestado en la afectación a la salud de la señora Baena, la gravedad de la afectación y la irresistibilidad a ese daño porque no puede evitarlo, la afectación al medio ambiente del conjunto residencial en el cual vive, la falta de certeza absoluta del perjuicio de las radiaciones electromagnéticas para el ser humano, y finalmente la motivación del acto en la sentencia.

Por consiguiente, se determina, la procedencia de la aplicación del principio de precaución, y se ordena el traslado de las antenas de telecomunicaciones del edificio a otro lugar lejos de este sitio residencial”.

Segundo caso: Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2012 sobre el Principio de Precaución. Miguez (2021)⁸⁸ “En la presente ficha se analizó cómo el Consejo de Estado hizo uso del principio de precaución para la solución de una situación jurídica problemática. Además de su aplicación práctica, se resumió la jurisprudencia citada por la sala, que fue utilizada como fundamento para la decisión tomada; acompañado de una infografía que resume los cinco requisitos a tener en cuenta para la aplicación del principio de precaución.

Se puede mencionar del caso una serie de antecedentes para entender el contexto. La Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (en adelante CORDECHOCO), mediante Resolución N° 2293 de 2006 (31 de octubre), autorizó al CONSEJO COMUNITARIO GENERAL DE LA COSTA PACIFICA DEL NORTE DEL CHOCO “LOS DELFINES”, el aprovechamiento forestal de un bosque natural ubicado en la jurisdicción del corregimiento de Mecana, municipio de Bahía Solano en el departamento del Chocó. Dentro de las facultades estaba: la extracción de recursos maderables y no maderables provenientes de la flora silvestre y de las plantaciones forestales.

El 24 de marzo de 2011, el ciudadano JUAN DAVID CEBALLOS RAMIREZ, presentó acción popular contra el CONSEJO COMUNITARIO GENERAL DE LA COSTA PACIFICA DEL

⁸⁸ Miguez, J.D. (2021). Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2012 sobre el principio de precaución.

NORTE DEL CHOCO “LOS DELFINES”, R.E.M. INTERNATIONAL C.I.S.A. y el MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL para pedir sean protegidos los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y también la existencia de un equilibrio ecológico, aunado a la protección que se le deben dar a los recursos naturales. Invocó los intereses generales de las comunidades relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. Ello por los supuestos abusos por parte de la empresa, que estaba afectado el correcto funcionamiento del medio ambiente, fruto de las facultades otorgadas por CORDECHOCO en la Resolución N.º 2293 de 2006.

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante auto de 14 de julio de 2011, admitió la demanda y decretó la medida previa solicitada⁸⁹, pues consideró que los aprovechamientos de madera han generado un impacto grave contra la preservación y restauración del medio ambiente.

La sala afirmó que se configuran los supuestos para aplicar el principio de precaución y, en ese sentido, prevenir los posibles riesgos y reducir al mínimo éstos. De tal suerte que se confirmó la inminencia de daño y se ordenó a la empresa en mención suspender toda actividad relacionada con el aprovechamiento forestal”.

Tercer caso: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016)⁹⁰

CEPAL (2023) “Un centro de estudios interpone Acción de tutela en representación de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato en contra de la Presidencia de la República y otros. Manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales y solicitan se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes.

La Sala considera que el problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en determinar si debido a la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños, y a la omisión de las autoridades estatales demandadas (encargadas

⁸⁹ “Que se ordene la suspensión parcial y provisional de la resolución que otorgó licencia de funcionamiento en ejecución del proyecto: CONSEJO COMUNITARIO GENERAL DE LA COSTA PACÍFICA DEL NORTE DEL CHOCO “LOS DELFINES” - R.E.M. INTERNACIONAL C.I.S.A.” [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/AC/27001-23-31-000-2011-00179-01\(AP\)](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/AC/27001-23-31-000-2011-00179-01(AP))

⁹⁰ de Colombia, C. C. (2016). Sentencia T-622 de 2016. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

de hacer frente a esta situación, tanto del nivel local como del nacional), se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes”.⁹¹

ese caso, debe preferirse la solución que evite el daño y no aquella que pueda permitirlo (...) en caso de que exista duda razonable respecto de si estas afectan el entorno natural o la salud de las personas, como se ha evidenciado en el asunto sub examine, deben tomarse las medidas que anticipen y eviten cualquier daño, y en caso de que esté causando, las medidas de compensación correspondientes (...) En concreto, la aplicación del principio de precaución en el presente caso tendrá como objetivos, (i) prohibir que en adelante se usen sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera, ya sean legales e ilegales y (ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración”.

Decisión:

1. Se concede a los demandantes el amparo y se declara la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las entidades del Estado colombiano accionadas.
2. Se reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas. En consecuencia, la Corte ordena al Gobierno nacional que ejerza la autoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Choco; de esta forma, el Río Atrato y su cuenca estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección,

⁹¹ Ibid.

recuperación y debida protección del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato.

3. Se ordena a los demandados que, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, diseñen y pongan en marcha un plan para descontaminar las fuentes hídricas del Chocó y recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región.
4. Se ordena asimismo a los demandados que, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, diseñen e implementen un plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó.
5. Se otorga efecto inter comunis a la presente decisión para aquellas comunidades étnicas del Chocó que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que las accionantes”.

Estos casos seleccionados, en tres tópicos distintos, evidencian una posible relación consuetudinaria del Principio Precaución en Colombia, ya que es adoptado como una costumbre repetida aceptada en derecho a nivel nacional; cumpliendo así, con el “*opinio iuris sive necessitatis*” (obligación jurídica o de necesidad), tal y como lo indica el Artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Ahora bien, en busca de una relación directa del Principio de Precaución en Colombia con el ámbito consuetudinario internacional, se presentan tres Sentencias de la Corte Constitucional, cuyos fallos, sobre acuerdos internacionales, toman referencia del Principio de Precaución.

Aplicación del Principio de Precaución en la Jurisprudencia: Bermúdez (2016)⁹² “Por la relevancia que tiene el presente tema y la preponderancia de su aplicación en el derecho interno, es de suma importancia analizar la interpretación dada de este tema por las altas cortes, dentro de las cuales, cabe hacer mención a las siguientes:

La Sentencia C-073 de 1995, donde la Corte Constitucional examino la Ley 164 de 1994 – Ley aprobatoria de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, incluyo el “Principio de Precaución”, sobre el cual se expuso, que alienta la protección del sistema

⁹² Bermudez (2016) La evolución del principio de precaución en Colombia y su aplicación para la protección y cuidado del ambiente (1) The evolution of the precautionary principle in Colombia and its application for environment protection and care Sandra Milena Bermúdez Cárdenas (2016)

climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, dijo la Corte a su vez que las medidas de precaución a adoptar en contra de las causas del cambio climático, a que se comprometen las partes, deben tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos y no constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional. Estos principios son consistentes con el respeto a la autodeterminación de los pueblos que es fundamento de las relaciones exteriores del Estado colombiano, con los deberes del Estado en materia de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, y con equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que son las bases de las relaciones internacionales del país (Corte Constitucional, 1995).

En la sentencia C-671 de 2001, que revisó la ley 618 de 2000, “Por medio de la cual se aprobó la enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las partes”, la Corte Constitucional, resaltó la importancia de aplicar los principios desarrollados en el derecho internacional para adelantar la protección del medio ambiente y consideró que la obligación de acudir a tales principios atiende los mandatos contenidos en la Constitución (Corte Constitucional, 2001).

En la Sentencia C-293 de 2002, que profundizó sobre el alcance del principio de Precaución al concluir que cuando la autoridad ambiental deba tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho, situación frente a la cual el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio estado le otorga, indicando de esta manera lo siguiente: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (Corte Constitucional, 2002)”⁹³

Los casos anteriormente expuestos por Bermúdez (2016), dan referencia de la invocación repetida del Principio de Precaución, en la resolución de casos legales que involucran a Colombia en el

⁹³ Ibid.

contexto internacional, configurándose el “*opinio iuris sive necessitatis*” (obligación jurídica o de necesidad), como lo indica el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con lo cual este principio, podría considerarse consuetudinario, siendo factible su utilización para resolver jurídicamente, conflictos ambientales entre Colombia y otros estados. Sin embargo, es del caso tener en cuenta las normas (leyes, decretos) y otros elementos considerables.

Conclusiones

La definición y alcances de los principios del Derecho Internacional Ambiental permanecen hoy en día abiertos. Algunos de ellos han evolucionado en un periodo corto de tiempo y bajo contextos diferenciados. En ese sentido, resulta evidente vislumbrar que la práctica estatal en Colombia ha evolucionado a partir del reconocimiento de tales principios, ya que su tendencia jurisdiccional, ha sido el apartarse de nociones vagas y genéricas para caminar a definiciones de conductas requeridas a los Estados y, por lo tanto, exigibles dentro del territorio nacional. De esa manera, el carácter universal y transnacional del derecho ambiental y la naturaleza de los principios del DIA representan pasos pioneros en pro de una conciencia ecológica global aplicada en contextos locales.⁹⁴

En el derecho constitucional colombiano, el medio ambiente sano aún se reconoce como un derecho colectivo y no fundamental, pero a través de la figura de conexidad jurídica, órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, han reconocido a través de diversas sentencias el carácter suprallegal del mismo, demostrando que la legislación ambiental colombiana ha sido construida también, a partir de la observancia y acogimiento de instrumentos jurídicos de carácter internacional con miras a una vocación más proteccionista del ecosistema global.⁹⁵

El principio de Precaución por estar constituido como práctica general bien establecida no solo en Acuerdos, Declaraciones y Tratados, entre otros; ha evidenciado su incursión en el terreno legal internacional, como lo previno la Corte Internacional de Justicia en el Artículo 38 del Estatuto,

⁹⁴

⁹⁵ Ibid.

que hace referencia al derecho internacional consuetudinario como costumbre internacional. Son muchos los documentos que han sido dirigidos a formalizar y reforzar su importancia y así mismo el estatus que le es meritorio, no solo en la práctica internacional, sino en la nacional y la regional.

Importantes instrumentos internacionales han establecido acuerdos en torno a la aplicación de “medidas precautorias”, el “Protocolo de Kyoto” respecto de los gases de efecto invernadero y el cambio climático, el “Protocolo de Cartagena” en lo que refiere al consumo y movimientos fronterizos de organismos genéticamente modificados y los paquetes de medidas “Erika I” y “Erika II” frente al vertimiento de contaminantes al mar⁹⁶, entre muchos otros casos, donde se obliga a los Estados partes de las Convenciones Internacionales, a invocar la vinculación de este principio ambiental, en razón a la relación con el ámbito consuetudinario por sus constantes aplicaciones y prácticas para dirimir conflictos ambientales. Sin embargo, en el caso del principio precaución, no siempre es claro afirmar que exista consenso mundial sobre su carácter de costumbre internacional y, consecuentemente, sobre su contenido obligatorio mundial.⁹⁷

Es importante identificar también, el actuar y decidir de los Tribunales Internacionales, debido a la injerencia e influencia que despliega el Principio de Precaución constantemente en materia ambiental, en sus discursos, en sus políticas y prácticas, que se van viendo aceptadas en la mayoría de los escenarios donde opera la regla en materia consuetudinaria.

También es preciso indicar que, el figurar tanto en declaraciones, tratados, fallos, normas internacionales y nacionales, le ha permitido al Principio de Precaución, ocupar el grado de norma consuetudinaria, debido a su capacidad de asociarse a mecanismos jurídicos como fuente en el derecho ambiental internacional de forma repetida, relevante y orientadora.

Así entonces, debido a la reciente, pero constante práctica estatal en Colombia; y, a la *opinio juris* que le acompaña, es posible destacar que existe suficientes pruebas con obligatoriedad jurídica,

⁹⁶ Ceña, A. S., de Osés, F. J. M., & del Palau, P. (2005). Paquetes Erika I-II, retirada de buques petroleros de casco sencillo de la flota española. *Revista del Instituto de Navegación de España: publicación técnica cuatrimestral de navegación marítima, aérea, espacial y terrestre*, (24), 34-41.

⁹⁷ Esquivel, G. V. (1994). El derecho internacional del medio ambiente y sus principios rectores: El caso del principio precautorio. *THEMIS: Revista de Derecho*, (29), 111-116.

para considerarle como un principio del derecho internacional consuetudinario en la nación, relativo a los temas ambientales internacionales.

Con base en lo anterior, se puede considerar que es defendible la naturaleza como principio consuetudinario y como principio per se, que es fuente formal y general del ordenamiento internacional, pues tiende a dirigirse su uso de forma consagrada y correcta, de modo que no se pueda ignorar y sea necesario su aplicación y práctica por parte de los Estados de forma legítima, para aquellas situaciones o casos en los que no se cuenta con una base científica suficiente para despejar las incertidumbres jurídicas y ambientales.

De ello, se pueden encontrar afirmaciones en gran medida por parte de autores anglosajones quienes han defendido su carácter consuetudinario indicando que este: “ha recibido un soporte suficientemente amplio en la práctica internacional como para justificar la afirmación de que refleja un principio de derecho consuetudinario”⁹⁸

En efecto, observando la costumbre, el Principio de Precaución puede aplicarse de manera demostrable en la práctica, sosteniendo que, el principio de precaución se ha cristalizado en una norma de derecho internacional consuetudinario,⁹⁹ esto, a través de su aplicación efectiva y satisfactoria; lo cual nos confirma que a pesar del rápido y reciente desarrollo de normas y herramientas jurídicas adoptadas sobre este principio, si es posible considerarle de carácter consuetudinario en lo relativo al ambiente.

Por haberse constituido como práctica general bien establecida no solo en Acuerdos, Declaraciones, Tratados, entre otros; se ha evidenciado su incursión en el terreno legal, como lo previno la Corte Internacional de Justicia en el Artículo 38 del Estatuto, que hace referencia al derecho internacional consuetudinario como costumbre internacional. Son muchos los documentos que han sido dirigidos a formalizar y reforzar su importancia y, así mismo, el estatus que le es meritorio, no solo en la práctica internacional, sino en la doméstica, la nacional y la regional.

98 Phillippe Sands. *“Principles of international environmental law”*, vol 1, Frameworks, standards and implementation, Manchester University Press, 1995, pág. 212

99 Owen McIntyre; Thomas Mosedale. *“The precautionary principle as a norm of customary international law”*. J. Env'tl. L., 1997, vol. 9, p. 221.

Finalmente, podemos concluir, dando respuesta a la pregunta de investigación, referente a la posible relación del Principio de Precaución en Colombia, frente al ámbito consuetudinario internacional, que efectivamente el Principio goza no solo de una relación vinculante, debido a su integración en algunas leyes colombianas, sino también de un estatus consuetudinario, al ser invocado repetidamente tanto para dirimir conflictos internos, como en las relaciones entre los estados, mediante sentencias para ratificar acuerdos y tratados internacionales.

Referencias

- ONU (2023) *Defender el derecho internacional*. <https://www.un.org/es/ourwork/upholdinternationalallaw#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20derecho%20internacional,dentro%20de%20las%20fronteras%20estatales>.
- <https://cartadelatierra.org/lea-la-carta-de-la-tierra/preambulo/>
- Lavanya Rajamani; Jacqueline Peel, (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford University Press, 2021. p. 302
- Corte Internacional de Justicia, Capítulo II, Competencia de la Corte. <https://www.un.org/es/documents/iccjstatute/chap2.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%2038&text=La%20Corte%2C%20cuya%20funci%C3%B3n%20es,b>.
- Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972) Principio 15
- Lavanya Rajamani; Jacqueline Peel, (ed.). *The Oxford handbook of international environmental law*. Oxford University Press, 2021. p. 302
- Bermudes, S.M. La evolución del principio de precaución en Colombia y su aplicación para la protección y cuidado del ambiente, especialización en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás Bogotá – Colombia
- Berberoff Ayuda, D. El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español. Consejo General del Poder Judicial (2004).
- Revista UNIR (2021) ¿Qué es el Derecho Internacional? Concepto y ámbitos de aplicación
- Ortúzar (2020) <https://aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitosRECHO|02/06/2021>
- Corte Internacional de Justicia (2023) <https://www.un.org/es/iccj/how.shtml>

- Estatutos Corte Internacional de Justicia (2023) <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>
- Derecho internacional consuetudinario. (2019, febrero 27). DHpedia, La «wiki» de los derechos humanos. Consultado el 13:57, abril 9, 2023 en http://dhpedia.wikis.cc/w/index.php?title=Derecho_internacional_consuetudinario&oldid=13176
- Law, C.F. (2023) <https://fc-abogados.com/es/>
- OEA/Ser. Q 2 al 6 de mayo 2022 CJI/doc. 663/22 Lima, Perú 6 abril 2022 Original: portugués
- ¿Qué es el principio de precaución? <https://oab.ambientebogota.gov.co/que-es-el-principio-de-precaucion/> Publicado: 5 agosto, 2021
- Jarabo (2018) EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: Análisis crítico de su naturaleza y eficacia en el ámbito concreto de la biotecnología.
- Moure, A.M. Departamento de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho, Universidad de Chile 2013
- López, E. (2019) El Principio de Precaución en el derecho ambiental
- Estefanía López García. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905>
- Ariza, A.C. (2019) Wed, 20 Mar 2019 in Revista Jurídicas CUC. https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/2612/2720#content/contributor_reference_1
- Miguez, J.D. (2021). Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2012 sobre el principio de precaución.
- Bermudez (2016) La evolución del principio de precaución en Colombia y su aplicación para la protección y cuidado del ambiente (1) The evolution of the precautionary principle in Colombia and its application for environment protection and care Sandra Milena Bermúdez Cárdenas (2016)
- Phillippe Sands. “Principles of international environmental law”, vol 1, Frameworks, standards and implementation, Manchester University Press, 1995, pág. 212.
- Owen McIntyre; Thomas Mosedale. “The precautionary principle as a norm of customary international law”. J. Env'tl. L., 1997, vol. 9, p. 221.

- Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
- Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras Disposiciones.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972.
- Ley 164 del 94, sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
- Ley 1523 de 2012, que adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres,
- Sentencia C-073 de 1995, Corte Constitucional
- Sentencia C-293 de 2002, Corte Constitucional
- Sentencia C-339 de 2002, Corte Constitucional
- Sentencia C-595 de 2010, Corte Constitucional
- Sentencia T-1062 de 2001
- Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2012
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016)
- Sentencia C-671 de 2001, Corte Constitucional