

Publicado en Actualidad Jurídica Ambiental el 07 de diciembre de 2022

Recensión: "DE SADELEER, Nicolas. *ENVIRONMENTAL PRINCIPLES – FROM POLITICAL SLOGANS TO LEGAL RULES*. Oxford University Press, 2020. ISBN: 978-0-19- 884435-8"

Autor: José Manuel Escudero Pérez, Alumno colaborador y Estudiante, Universidad de Córdoba.

Palabras clave: Principio de prevención. Principio de precaución. Quien contamina paga. Derecho ambiental. Gestión del riesgo. Incertidumbre.

Keywords: Principle of prevention. Precautionary principle. Polluter pays. Environmental Law. Risk management. Uncertainty.

Fecha de recepción: 28/11/2022

Fecha de aceptación: 29/11/2022

DOI: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00055>

Dentro del mundo jurídico, sobre todo en los últimos años, ha adquirido una gran importancia la rama del Derecho Ambiental, bien sea por la cada vez más extensa regulación, bien por la prolífica investigación académica, dejando ya de ser considerada como una disciplina técnico-científica. Es aquí donde aparece *Environmental Principles, From Political Slogans to Legal Rules*, la nueva edición corregida, ampliada y mejorada respecto de la primera publicada allá por 2002. Su autor, Nicolas de Sadeleer (profesor en la Universidad Saint Louis de Bruselas y titular de la Cátedra Jean Monnet), es un reconocido experto en la materia, autor de numerosos artículos en revistas jurídicas de distintos países y asiduo invitado en conferencias y seminarios por todo el mundo. En esta obra se plantea el reto de añadir a su completa primera edición la evolución de los principios de este Derecho ambiental, empresa con la que enriquecer las dos tesis principales del libro: el cambio de paradigma provocado por la evolución de los principios y el viraje hacia un Derecho Ambiental post-moderno.

Los principios de "quien contamina paga", de prevención y de precaución son la columna vertebral sobre la cual De Sadeleer construye su obra. La misma se divide en dos grandes partes, recogiendo sendas tesis a las que el autor llega tras el análisis transversal de los tres principios mencionados. El autor adelanta ya en las primeras páginas la complejidad de dicho estudio en cuanto a terminología se refiere, pues el significado de los conceptos en cuestión varía de un sistema legal a otro, más aún cuando se entremezclan con consideraciones éticas o políticas.

En la Parte I se analiza de manera exhaustiva cada principio a través de sus orígenes, su positivización y su aplicación. De Sadeleer expone mediante numerosos ejemplos la complejidad del cometido de proporcionar una interpretación unívoca, pues la distinta evolución de los mismos en sus respectivos ordenamientos jurídicos lo complica aún más. Del mismo modo, muestra cómo estos tres principios coexisten, se complementan y hasta, en ocasiones, se contradicen, cuestionándose incluso si se pueden extraer de los mismos conclusiones concretas. El autor realiza dicha exposición de manera clara y sistemática, a través de capítulos estructurados divididos en cinco secciones: Observaciones introductorias, Orígenes del principio, Análisis sistemático, Aplicación, y Conclusiones. No obstante, en el tercero de ellos, dedicado al principio de precaución, De Sadeleer profundiza en el análisis con dos secciones adicionales.

En las más de trescientas páginas que consagra al estudio de los mencionados principios, De Sadeleer examina la jurisprudencia no sólo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quizá la más relevante y a la que presta un examen más detallado, sino también casos extraídos de la legislación nacional de los principales estados occidentales. Del mismo modo, el autor no obvia el análisis de los diversos conflictos surgidos entre Estados Unidos y Europa donde el principio de precaución cobra cada vez mayor importancia, aunque lo haga de forma implícita. Por otro lado, en referencia al Derecho Internacional, el autor evalúa igualmente algunos desarrollos legales recientes en el marco de la Organización Mundial del Comercio o de la Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros.

La tesis principal de esta primera parte gira en torno al sutil cambio de paradigma que, según De Sadeleer, se ha producido en la disciplina jurídico-ambiental. Desde unos comienzos cimentados sobre un control *a posteriori*, la lucha frente al cambio climático, y, en especial, frente al riesgo ecológico inherente al mismo, ha virado hacia posiciones más profilácticas propias de un control *a priori*. Si en un primer momento el modelo curativo abogaba por instituciones como la responsabilidad civil extracontractual (*tort law* en common law) o la reparación del daño ocasionado, la dificultad de determinar los

causantes y afectados del mismo, unido a la difusión de los efectos nocivos y a la complejidad de su subsanación, expusieron la necesidad de complementarlo con un segundo modelo, el preventivo, basado en el adagio "más vale prevenir que curar". La naturaleza deja, pues, de ser considerada fuente inagotable de recursos y se intenta, mediante el desarrollo de políticas administrativas, evitar daños irreversibles a la par que se tolera una explotación prudente. Apoyado este sistema en el conocimiento científico, encuentra ahí mismo su límite: la dificultad de prevenir daños sobre los que sabemos poco o nada. De este modo, entra en escena el tercero de los modelos expuestos por De Sadeleer, el anticipatorio. En palabras del profesor belga, "*eventually, the only certainty is uncertainty*" (pág. 28). Por tanto, la incertidumbre no puede ser óbice para una toma de decisiones anticipada, incluso cuando el riesgo, la naturaleza o el alcance de una determinada conducta que afecta al medio ambiente no es del todo conocido. Estos tres modelos, entendidos más como superpuestos que como sucesivos, abren el telón de la primera parte de la obra que De Sadeleer destina al análisis de los tres principios antes mencionados.

En el primero de los capítulos (QUIEN CONTAMINA PAGA), De Sadeleer analiza el primero de los tres principios en cuestión. Originado a partir de la teoría económica de las externalidades de Pigou, la voluntad de encontrar un método eficaz para internalizar los daños causados, así como los costes asociados a los mismos, dio origen a este principio. De Sadeleer expone en la introducción al capítulo que existe cierto debate respecto del conocido teorema de corte liberal propuesto por Coase, que rechaza la intervención de las autoridades. Para el profesor, este segundo teorema, basado en la libre negociación entre las partes, hace aguas tanto a nivel teórico como práctico. A su parecer, la compensación a las víctimas eclipsa la dimensión preventiva de la teoría de las externalidades de Pigou. Asimismo, tampoco tiene en cuenta otros factores como la dificultad de identificar a las partes cuando el número de estas es muy amplio o la solidaridad intergeneracional. Desde luego, el principio de "quien contamina paga" ha pasado de un eslogan con buenas intenciones a ser no sólo un marco de referencia para el legislador, sino también un elemento de interpretación para los tribunales. Recogido en la Declaración de Rio de 1992 (principio nº 16), entre otras numerosas convenciones internacionales, el papel que ha tenido el PPP (por sus siglas en inglés) en los últimos treinta años en el marco de la OCDE y de la Unión Europea es sustancial, mutando de *soft law* a *hard law*. Seguidamente, De Sadeleer procede a atacar de manera meticulosa las distintas cuestiones y ambigüedades que suscita el PPP: quién es el contaminador y las dificultades inherentes a su identificación, qué se entiende por contaminación, o cuánto ha de pagar. En la última sección del capítulo, se estudian las dos posibles vertientes del PPP: el impuesto a la contaminación o la responsabilidad civil del contaminador.

En las conclusiones del capítulo, De Sadeleer sostiene que se trata, sin duda, de un principio que goza cada vez de una mayor aprobación gracias, quizá, a su lógica base económica, por lo que está destinado a una acogida global en el marco de las tasas a la contaminación. Empero, subsiste la duda de si lo que se consigue no es, en realidad, crear un contexto en el que todo tiene un precio, en este caso, instaurando un derecho a contaminar. La vaguedad del principio y su escasa presencia a nivel legal dificultan su consideración, lo que no impide al profesor De Sadeleer sentirse optimista en relación a las futuras aportaciones de la doctrina en aras de su clarificación e identificación.

De Sadeleer comienza el segundo de los capítulos (PREVENCIÓN), exponiendo cómo este principio supuso un cambio fundamental en el enfoque curativo representado por el "quien contamina paga", convirtiéndose en un prudente complemento del mismo. A la función reparadora de este último se le añade la faceta anticipatoria de este segundo principio: prevenir aquellos daños que podrían ser irreversibles o demasiado costosos. El principio de prevención suscita no pocas preguntas, relativas, en especial, a la presunción de existencia de un conocimiento científico completo del riesgo que se pretende mitigar.

Siguiendo una estructura calcada a la del capítulo anterior, De Sadeleer repasa la evolución del principio de prevención tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Europeo, además de aportar jugosos ejemplos a nivel nacional de países como Francia, Alemania o Estados Unidos. Cabe destacar la rica exposición que realiza del origen y desarrollo del principio a nivel internacional, abordando, en las más de quince páginas que le dedica, su relación con la *due diligence* establecida en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Aunque ambos principios difieren en su naturaleza, no siendo concebido el de prevención desde la perspectiva de la soberanía estatal, pueden ser vistos como dos caras de la misma moneda. Así, mientras el principio de prevención se despliega en un ámbito mucho más amplio gracias, en especial, a una variedad de Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA), la *due diligence* resulta, según De Sadeleer, insuficiente en casos que impliquen daños transfronterizos.

En la tercera sección del capítulo, De Sadeleer realiza, en primer lugar, un análisis sistemático del principio de prevención, comparándolo y contraponiéndolo a los otros dos principios de estudio de la obra, para, en segundo lugar, reflexionar sobre las dimensiones del mismo, citando algunas directivas comunitarias. Seguidamente, en la cuarta sección, expone los tres instrumentos legales principales en los que el principio de prevención toma forma: el establecimiento de umbrales que permiten un nivel de contaminación por debajo de la capacidad de asimilación y regeneración del medio ambiente, el uso de las "mejores técnicas disponibles" (BAT por sus siglas en inglés) en

relación a la concesión de autorizaciones, y la tramposa evaluación de impacto medioambiental (EIA), convertida a veces más en un mero requisito procedimental que en una verdadera prueba de los posibles riesgos.

A raíz de las ambigüedades de algunas de las cuestiones tratadas en el capítulo, De Sadeleer se cuestiona en las conclusiones si los instrumentos mencionados anteriormente pueden, dado el actual estado de desarrollo, constituir muralla suficiente ante las crecientes amenazas para el medio ambiente. Para el profesor, el remedio debe estribar en una redefinición más precisa del principio para que, en combinación con el resto de principios, pueda llegar a florecer con éxito.

En el tercero de los capítulos (PRECAUCIÓN) que conforman la primera parte del libro, De Sadeleer acomete el análisis del principio de precaución con una prolijidad que bien podría llevarnos a calificarlo más de tratado que de mero estudio. Así, el PP (por sus siglas en inglés) despierta un gran interés pues, como comentábamos más arriba, no es sino la cabeza visible del cambio de paradigma que se ha producido en el Derecho Ambiental, pasándose a un modelo anticipatorio basado en la preparación ante amenazas potenciales, inciertas o hipotéticas. En palabras de De Sadeleer, el quid de la cuestión no es ya cómo prevenir, calcular y atacar riesgos ciertos, sino, más bien, cómo anticipar amenazas posibles, contingentes y verosímiles. Dicho esto, el debate y la controversia están servidos en su aplicación práctica, sobre todo a medida que nos alejamos del terreno de la certidumbre racional. Incluso desde el punto de vista de la nomenclatura existe cierta discusión entre los términos "principio" y "enfoque" (*principle* y *approach* en inglés), tema que es solventado por De Sadeleer utilizando ambos indistintamente. De esta manera, en la Sección 2 del capítulo repasa las diferentes definiciones que se han dado del principio en los distintos ordenamientos jurídicos, así como en importantes decisiones judiciales, ya sea a nivel internacional, europeo o nacional. Seguidamente, en la Sección 3, De Sadeleer examina, a lo largo de más de cien páginas, la implementación del principio de precaución en diferentes sectores medioambientales marcados por la incertidumbre: recursos marinos, pesquerías, sustancias peligrosas o energía nuclear, entre otros. La exposición es exhaustiva, plagada de numerosos ejemplos y referencias, lo cual permite ofrecer una visión amplia y completa de la ejecución del principio objeto de estudio. Posteriormente, en la Sección 4 y al igual que en los capítulos anteriores, De Sadeleer delimita los contornos del principio de precaución dirigiendo su atención a tres conceptos claves a la hora de diseccionarlo: el concepto de riesgo y, en particular, el de riesgo post-industrial (afectado por la incertidumbre y la ambigüedad), el de daño y el de proporcionalidad. En esta sección, el profesor apunta las dificultades inherentes al principio, proporcionando las formas para tratar de remediar tales inconsistencias.

Este capítulo, además de ser el más extenso de los tres, incluye dos secciones suplementarias en las que el autor evalúa, fundamentándose en el material empírico de las secciones precedentes, cómo el desarrollo del principio de precaución puede dar un soplo de aire fresco al Derecho Ambiental. En la primera de ellas, la cinco, De Sadeleer habla de la confrontación entre la ciencia y la precaución, a su parecer una falsa dicotomía, demostrando de manera multidisciplinar cómo el principio de precaución y los principios del rigor científico no son antitéticos, sino que se refuerzan mutuamente. Todo ello lleva al profesor belga a una síntesis de reconciliación entre la ciencia (evaluación del riesgo) y las políticas de gestión del riesgo. Por otro lado, en la Sección 6, el autor se interna en los efectos del principio objeto de estudio en el Derecho Positivo y, en especial, en la elaboración de estándares y la responsabilidad civil.

De Sadeleer concibe el principio de precaución como una “política de acción ante la incertidumbre” (pág 358). Este tercer principio no deja de estar considerablemente determinado por las características de las distintas políticas sectoriales existentes. En unos casos, prescribiendo un hacer; en otros, un no hacer. Aunque debido a ello no se pueda dar con un concepto de precaución abstracto y general, para el autor el principio de precaución debe ser visto como parte de un proceso dinámico y cambiante, contrario a la irreversibilidad que trata de contrarrestar. No obstante, De Sadeleer advierte en las conclusiones que el camino no está exento de obstáculos y dificultades, siendo la principal el amplio margen que se deja a la subjetividad de los responsables de la toma de decisiones a la hora de valorar los datos, algo contrario a la clásica preferencia de los sistemas jurídicos por la certeza y la seguridad jurídica.

De Sadeleer no se detiene tras el análisis detallado con el que repasa el origen, evolución y aplicación de los tres principios en la primera parte de la obra, sino que brinda al lector con una Parte II en la que trata de demostrar que los principios de “quien contamina paga”, de prevención y de precaución han supuesto un cambio epistemológico entre el Derecho moderno y el post-moderno, marcado este último, en sus propias palabras, por el carácter pragmático, gradual, inestable y reversible de las normas. De Sadeleer expone los elementos que caracterizan ambos modelos y el lugar que los principios ocupan dentro de cada uno de ellos en lo relativo al Derecho Ambiental, con especial atención a la distinción entre principios generales del Derecho y principios directores. Estos últimos se antojan más convenientes y mejor adaptados a la naturaleza cambiante de las políticas medioambientales, sin suponer, al mismo tiempo, una ruptura completa con el Derecho moderno. Se prima, pues, la flexibilidad sobre la rigidez, con la idea de que los principios sirvan como instrumento de equilibrio entre los distintos intereses de las partes

e, incluso, entre medidas opuestas. Cabe destacar el análisis que se realiza en el Capítulo 7, enfocado en el conflicto entre los principios medioambientales y el libre comercio dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

De Sadeleer demuestra que, a pesar de lo que pudiera parecer, los principios directores post-modernos no son meros ideales desprovistos de efecto normativo, sino que su estatus legal comprende normas de naturaleza difusa y que se prestan a un amplio abanico de aplicaciones. Del mismo modo, es especialmente interesante el razonamiento que hace el profesor belga sobre cómo este paso hacia un Derecho post-moderno, caracterizado por los principios directores, puede contribuir al resurgimiento de la racionalidad en un mundo legal cada vez más caótico y afrontar los nuevos retos que se plantean en el contexto global: ponderación de intereses, codificación en lugar de una legislación fragmentada o la armonía entre los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Exhaustivo, minucioso, estimulante, *Environmental Principles, From Political Slogans to Legal Rules* supone una contribución esencial a la doctrina jurídico-ambiental, ahora con su segunda y revisada edición. Impresiona el trabajo de comprensión y síntesis de De Sadeleer a la hora de analizar de manera transversal los principios. Destaca, sobre todo, la gran labor investigadora del profesor para ofrecer un estudio detallado de cada uno de ellos. Las citas y referencias bibliográficas son abundantes, al igual que los diferentes y precisos ejemplos sectoriales. Sin embargo, su punto más fuerte sea, quizás, la vasta recopilación de jurisprudencia (en especial comunitaria), lo que coadyuva a completar y enriquecer un análisis ya de por sí fértil. De Sadeleer aporta nuevos matices no vistos antes en otras monografías que abordan los principios medioambientales y proporciona un nuevo enfoque a su entendimiento. En especial, las generosas páginas destinadas a la disección del principio de precaución son de imprescindible lectura para todo aquel que quiera indagar en su aplicación. El despliegue de conocimiento y dominio de la materia por parte de De Sadeleer es abrumador.

Las dos sugerentes tesis de la obra (el cambio de paradigma llevado a cabo por los principios en la lucha contra el riesgo y la incertidumbre y su contribución a la evolución hacia un Derecho post-moderno) son alcanzadas por el autor de manera solvente a través de argumentos congruentes y certeros. Es más, De Sadeleer consigue provocar el pensamiento del lector a través de sus acertadas reflexiones, sobresaliendo aquellas a propósito de la incertidumbre inherente a la lucha contra el riesgo medioambiental.

En resumen, nos encontramos ante una obra de calidad indiscutible que se sitúa, sin duda, entre las referentes en el estudio de los principios del Derecho Ambiental. De Sadeleer logra de manera espléndida un análisis completo a través de una depurada metodología y una amplia exploración de la presencia de los principios en diferentes textos legales, así como de su aplicación en numerosos casos jurisprudenciales. El resultado es un trabajo excelente y de obligada lectura para todo jurista medioambiental que quiera adquirir una comprensión absoluta y actualizada del estado actual del Derecho Ambiental a través de los principios que lo vertebran.