

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Principio de precaución. Iván Vargas-Chaves, Hugo Armando Granja-Arce.
-- 1a edición. -- Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2018

140 páginas

ISBN: 978-958-5405-68-4

ISBN-E: 978-958-5405-69-1

1. Derecho ambiental - Colombia - estudio de casos 2. Política ambiental 3. Responsabilidad de daños ambientales - Colombia 4. Análisis del impacto ambiental - Legislación I. Vargas Chaves, Iván II. Universidad La Gran Colombia. Facultad de Derecho.

344.9 SCDD 15 ed.

STST-Biblioteca Universidad La Gran Colombia

Primera edición: 2018

Tiraje de impresión: 50 ejemplares

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Todos los derechos reservados para:

© Iván Vargas-Chaves

© Hugo Armando Granja-Arce

© Universidad La Gran Colombia

Editorial:

Universidad La Gran Colombia

Carrera 5 No. 12 B - 49 - Teléfono: 3276999 ext.: 1050

investigaciones.editorial@ugc.edu.co - direccion.investigaciones@ugc.edu.co

Bogotá D.C., Colombia

Diseño de carátula:

Islenny Gonzalez Perez

Diagramación de texto:

Brandon Nicolás Colorado Rojas

Impresión y conversión digital:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S

Bogotá D.C., Colombia

“Las opiniones plasmadas en esta obra son de responsabilidad exclusiva del autor, y no comprometen a la Universidad La Gran Colombia ni determinan su posición o filosofía institucional”.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida de manera alguna, ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o fotocopia, sin permiso escrito de la Universidad La Gran Colombia.

Contenido

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 7 |
|--------------------|---|

Capítulo I

| | |
|--|----|
| La gestión jurídica del riesgo | 13 |
| Elementos para determinar la aceptabilidad de riesgos | 13 |
| El principio de precaución como mecanismo de gestión del riesgo..... | 35 |

Capítulo II

| | |
|--|----|
| El principio de precaución como fundamento del análisis del riesgo ambiental | 43 |
| Origen y evolución | 43 |
| Naturaleza jurídica..... | 46 |
| Caracterización..... | 47 |
| Normativa aplicable..... | 51 |

Capítulo III

| | |
|---|----|
| El principio de precaución: tratamiento y evolución jurisprudencial | 55 |
| El litigio estructural sobre el principio de precaución | 55 |
| Algunos casos representativos en el derecho comparado | 59 |
| Tratamiento jurisprudencial en Colombia..... | 63 |
| Algunos casos representativos en la jurisprudencia constitucional..... | 64 |
| Algunos casos representativos en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo | 65 |

Capítulo IV

| | |
|--|------------|
| La aplicación tardía del principio de precaución frente al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos (1986-2014) como caso de estudio | 79 |
| El fenómeno del narcotráfico en Colombia y los orígenes del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos | 79 |
| Del activismo judicial al reconocimiento de los daños ocasionados por el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos | 75 |
| El activismo judicial como punto de partida..... | 88 |
| De la negación al reconocimiento de los daños causados por el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos | 94 |
| El planteamiento de la necesidad de proteger los derechos e intereses afectados | 100 |
| La aplicación jurisprudencial del principio de precaución en el caso del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos..... | 109 |
| Perspectivas | 119 |
| Bibliografía..... | 123 |

Introducción

El surgimiento, el desarrollo y la evolución de un derecho precautorio pensado para proteger el ambiente y la salud es considerado un hecho relativamente reciente (Preston, 2006). Pese a ello, tanto los funcionarios que adoptan decisiones como los jueces encargados de aplicar este derecho a través del principio de precaución se enfocan solo en su desarrollo teórico. La razón es su indeterminación a falta de una norma que regule la forma en cómo este debe implementarse en casos concretos y, sobre todo, en dar alcance a los instrumentos que se requieren para garantizar que cualquier medida precautoria adoptada pueda ser eficientemente ejecutada para proteger el ambiente y la salud humana.

Al mismo tiempo, es notorio el desconocimiento que tienen funcionarios y jueces al enfrentarse a una situación en la que el principio deba aplicarse, de modo que es más un criterio jurídico que una norma vinculante (Vargas-Chaves, 2017). Por tal motivo, se hace necesario delimitar las herramientas jurídicas indispensables para aplicar el

principio a partir de conceptos, elementos y experiencias como casos de estudio, y pasar desde luego, por un análisis comparativo de normas y jurisprudencia.

Kaniaru, Kurukulasuriya & Okidi (1998) sostienen que papel del principio de precaución es imprescindible frente al diseño y la aplicación de políticas para el desarrollo sostenible. De ahí que unos operadores y jueces bien informados sobre los avances y retrocesos del derecho precautorio serán una fuerza muy importante en el fortalecimiento de los esfuerzos nacionales que buscan alcanzar las metas de un desarrollo económico respetuoso del ambiente y la protección de la salud.

Por otra parte, el principio de precaución como hito en la evolución de las estructuras de prevención y evaluación de riesgos en materia ambiental y en el ámbito de la salud pública posee un papel preponderante en el análisis de los diferentes peligros (Castellano Rausell, 2002). Se trata de un principio que tiene su origen en el derecho internacional con un alcance delimitado por un papel de cautela que le corresponde asumir al Estado respecto de una actividad que, en un panorama de incertidumbre, potencialmente suponga daños para la seguridad de las generaciones actuales o venideras.

Asimismo, este principio puede convertirse en una herramienta eficaz para los poderes públicos de un Estado por medio de la imposición de medidas económicas y socialmente necesarias —pero soportables— a partir de la evaluación del riesgo, y así reducirlo a un nivel aceptable o, si es posible, eliminarlo (Granja-Arce, 2010). Lo anterior puesto que el principio no solo se centra en la necesidad de previsibilidad, sino también en el hecho de no tener certeza respecto del peligro que acontece.

El presente libro busca ser un eslabón en la formación de los responsables de adoptar decisiones con enfoque precautorio y una herramienta dirigida a los abogados encargados de la defensa de los intereses jurídicos tutelados por este principio. De igual forma, pretende dar alcance al quehacer de los jueces, quienes desempeñan un papel crucial en la aplicación del principio de precaución.

Con la finalidad de sustentar la pertinencia de este libro, los autores parten de caracterizar el problema objeto de investigación a partir del desconocimiento que operadores y jueces tienen del principio. Por

ello, la primera parte recoge lineamientos y pautas que la doctrina, la jurisprudencia y la normativa vigente han desarrollado sobre el principio de precaución.

La segunda parte identifica algunos casos relevantes a nivel internacional y nacional, por lo que hace énfasis en la invocación y aplicación tardía del principio frente al Programa de Erradicación de Cultivos de Uso Ilícito con Glifosato (1986-2014) como un caso de estudio desarrollado con una metodología de investigación propia e independiente de la utilizada en la primera parte.

Lo anterior nos permite situar este trabajo como un libro resultado de investigación de acuerdo con la tipología establecida para tal fin por el modelo de medición de productos dentro del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI).

Así, con miras a dar alcance a los dos enfoques metodológicos utilizados en la primera parte (capítulos 1 y 2), se efectúa una aproximación descriptiva y clasificatoria del principio de precaución a partir de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y normativas a nivel interno y de derecho comparado, mientras que en la segunda parte (capítulos 3 y 4) se lleva a cabo una aproximación analítica y crítica del citado caso de estudio.

En el capítulo 1, se abordará la gestión jurídica del riesgo a partir de los mecanismos de evaluación y prevención de los riesgos, principalmente, en materia ambiental. Tras mencionarlos, se planteará el escenario que sitúa el principio de precaución como el mecanismo idóneo para gestionar precautoriamente los riesgos tanto ambientales como de la salud pública en situaciones de incertidumbre. Esto es, cuando ante el responsable u operador judicial encargado de aplicarlos se allegan evidencias que no le permiten contemplar condiciones de certeza científica razonable respecto del potencial de afectación del riesgo en sí.

En el capítulo 2, se estructuran las bases del principio de precaución como criterio jurídico y, a la vez, como instrumento que les permite a las instituciones del Estado hacer efectivo el deber ser de garantizar el goce a un ambiente sano y salvaguardar el derecho a la salud. Además, se estudian, no solo las distintas aproximaciones doctrinales del principio

de precaución, sino también su origen, evolución, naturaleza jurídica y caracterización para, a continuación, detenerse en la normativa y jurisprudencia aplicable en el caso colombiano.

En el capítulo 3, se lleva a cabo un análisis del tratamiento del principio en el derecho comparado y la evolución jurisprudencial en algunos países como Australia, India y Pakistán. La importancia de este ejercicio yace en la tendencia que se ha marcado respecto de los efectos directos e indirectos generados a partir de las medidas precautorias adoptadas, tanto para las partes en el litigio como para las instituciones públicas y el sector privado.

Lo que se pretende con el análisis comparado es evidenciar la existencia de un litigio estructural, con el que se busca modificar las decisiones que día a día adoptan las autoridades en el ejercicio de su función pública. En éste se hace manifiesto, por demás, una actitud receptiva por parte de ellas frente a las directrices de los órganos judiciales, hecho que se vuelve permanente en el tiempo.

Pese a que pueden parecer prometedores los hallazgos tras el análisis efectuado en este capítulo, somos también conscientes del problema que representa la aplicación tardía del principio de precaución, de modo que es este el tema desarrollado en el capítulo 4 que toma como caso de estudio la situación dada sobre el Programa de Erradicación de Cultivos de Uso Ilícito. La causa de esta tardía aplicación es la pérdida de legitimidad institucional del principio, asunto que abordamos con la heurística de la disponibilidad y el descuido de la probabilidad.

En este capítulo final, se estudia, con el activismo judicial como punto de partida, el papel que ha desempeñado la jurisprudencia en la búsqueda de eficacia del sistema jurídico y, en particular, en el tratamiento dado al problema de la aspersión aérea de cultivos de uso ilícito con glifosato en las últimas décadas. Se hace, en tal sentido, un recuento por tres etapas desde que se invoca por primera vez la intervención del aparato jurisdiccional a finales de la década de 1980, hasta que finalmente este actúa aplicando el principio de precaución en 2014.

Antes de culminar este apartado introductorio, es preciso resaltar el proceso investigativo que le antecede a este libro, pues es resultado de dos tesis presentadas en el Doctorado en Derecho Supranacional y

Derecho Interno en la Università degli Studi di Palermo (Vargas-Chaves, 2018) y en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Granja-Arce, 2010).

El presente libro, si bien ha requerido el esfuerzo y la dedicación de los autores, no hubiese sido posible sin la guía de los profesores Carlos Guillermo Castro-Cuenca (Colombia) y Nicola Gullo (Italia), a quienes extendemos un sentimiento de gratitud al haber sido un valioso apoyo en la elaboración de las dos tesis que lo sustentan.

De igual forma, agradecemos en especial a la profesora Gloria Amparo Rodríguez, quien asumió un doble papel en ambos procesos de investigación como jurado y codirectora de la primera y segunda tesis, respectivamente. Varios de los postulados que aquí se encuentran tienen su origen en los aportes dogmáticos de la Escuela de Derecho Ambiental que, bajo su tutela, se instituyó en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

