
EL USO DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, UNA MIRADA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA DEL VIVIR BIEN.

Fredy Iovanny Pardo Pinzón ¹

¹ Abogado de la Universidad Libre de Bogotá - Colombia , diplomado en Administración y Gerencia Deportiva de la Universidad Fernández de la Habana Cuba ; Especialista en Seguridad, Social, pensión y Riesgo en la Universidad Agustiniana - Nueva Colombia y Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario de Bogotá Colombia.

RESUMEN

El artículo de revisión se enfatiza como primera instancia en detallar en materia del derecho ambiental, la potestad jurídica del estado para implementar medidas y mecanismos de prevención, restauración, corrección, inspección y sanción frente a los daños causados a la naturaleza; efectuado por medio del derecho precaución como reserva al cuidado y la conservación del bien jurídico en razón a la causalidad en el daño, riesgo y perjuicio a la naturaleza de manera irreversible que pueda ocasionarse. En contexto se enfatiza en señalar la finalidad, los alcances y la extensión del principio de precaución imperante sobre el derecho de prevención para defensa y protección de la conservación del medio ambiente y salvaguardia de los derechos del ser humano que se ven de manera directa afectados.

A la defensa del bien colectivo universal que cada estado se ve en la obligación de proteger a través de los diferentes organismos, se suma los saberes y el pensamiento crítico de las culturas ancestrales de Ecuador y Bolivia con sus posturas del Sumak kawasay “vivir bien” y Sumak Qamaña “buen vivir”.

PALABRAS CLAVES: Principio de precaución, derechos, medio ambiente conservación, riesgo, vivir bien, buen vivir.

ABSTRACT

The review article emphasizes as the first instance in detailing in environmental law, the legal power of the state to implement measures and mechanisms of prevention, restoration, correction, inspection and punishment of damage caused to nature; carried out by means of the precautionary law as a reserve for the care and conservation of the legal good by reason of causality in the damage, risk and damage to nature in an irreversible manner that may be caused. In context emphasis is placed on pointing out the purpose, the scope and extent of the prevailing precautionary principle on the right of prevention for the defence and protection of the conservation of the environment and the safeguarding of human rights that are directly affected.

To the defense of the universal collective good that each state sees in the obligation to protect through the different organisms, we add the knowledge and the critical thought of the ancestral cultures of Ecuador and Bolivia with their postures of the Sumak kawasay "live well" and Sumak Qamaña "live well".

KEYWORDS: Precautionary principle, rights, environment conservation, risk, living well, good living.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo de revisión bibliográfica se expone el alcance, los objetivos, limitaciones y consumación del principio de precaución, como instrumento conductor ante los entes públicos por daños causados al medio ambiente y aquellos que afecten los derechos fundamentales vinculantes, dicho principio se establece esencialmente en la Ley 99 de 1993, orientada según los principios de la Declaración de Río de Janeiro de Junio 1992, la Constitución Política Colombiana y normatividad en materia del Derecho Internacional Ambiental y Nacional Colombiano que ha ido evolucionando, como apoderados de establecer orden y justicia en defensa del bien jurídico.

Desde el punto de vista óptico ancestral se trae a colación el concepto de Sumak kawasay “vivir bien” adaptado como un principio fundamental en la Constitución Política de Ecuador, así como el Sumak Qamaña “buen vivir” en la Constitución del aledaño País Bolivia, el cual se cimenta en la armonía de la relación de hombre - naturaleza , como un proyecto alternativo de desarrollo sostenible y solidario con la pachamama (Madre tierra).

1. ALCANCES Y FIN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN COLOMBIA

El principio de precaución originario de Alemania, *formulado en la década de los años setenta con la finalidad de precaver los efectos nocivos de los productos químicos sobre la vida humana. Además, con el carácter genérico que ya se ha destacado, aparece recogido en varios convenios y declaraciones internacionales sobre el medio ambiente (Sentencia C-703, 2010), se encuentra sustentado bajo la ley 99 de 1993, entendido como guía “en el deber de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su control, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios terceros”*.², de igual manera, este principio se encuentra respaldado por la Declaración de Río de Janeiro de Junio de 1992, sobre la protección del medio ambiente y el desarrollo socioeconómico sostenible.

Dec. L-2811 de 1974 reglamenta el código nacional de recursos renovables y de protección al medio ambiente, cuya finalidad es la preservación y manejo de recursos naturales y control de la explotación de recursos a través del desarrollo de políticas por parte del gobierno.

² V. DRNAS de CLEMENT, Z. Los principios de Prevención y Precaución en materia ambiental. Citado en la obra El Principio de Precaución Ambiental. La práctica argentina. Editorial Lerner, p. 256.

En igual medida en la sentencia C-073 de 1995 fue incluido como aquel que exhorta a la protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, haciendo alusión a la Ley 164 de 1994 – Ley aprobatoria de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

La C-293 de 2002 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 2002, 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 2004, 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 2010 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.

C- 236 de 2017. El principio de precaución no responde exclusivamente al peligro, noción que se refiere exclusivamente a una posibilidad de daño. Este responde más bien al riesgo, es decir, a un cierto grado de probabilidad de un daño, en las situaciones en que la magnitud de dicha probabilidad no se ha podido establecer con certeza.

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 impedir o dilatar la adopción de medidas tendientes a la protección del medioambiente y de los recursos naturales.³

³ López, G. (2019). Asuntos Legales. El Principio de Precaución en el derecho ambiental.

En relación a lo antelado la biodiversidad existente debe ser protegida por el hecho de ser patrimonio común, de tal forma que se tiene derecho de ser aprovechada dado los lineamientos proveídos por el Ministerio del medio ambiente y el Sistema Nacional Ambiental de acuerdo “a las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible”. Congreso de Colombia, Ley 99 de 1993. Art.2 del 22 de diciembre de 1993 (Colombia); a diferencia del principio de prevención, el de precaución se basa en establecer un buen gobierno a través del cumplimiento de las normativas en pro de los derechos fundamentales y colectivos, limitando acciones que causen deterioro y daños irreversibles al medio ambiente (riesgo potencial), por la explotación y agotamiento de recursos naturales renovables y no renovables.

No obstante, el principio de precaución debe aplicarse bajo la condición de la existencia de insuficientes aportes científicos que puedan controvertirse ante el impacto medioambiental generado a presentes y futuras generaciones, donde no únicamente el estado se encuentra en la obligación de administrar (explotación, distribución y consumo de los bienes) sino también proteger y preservar el medio ecológico donde vivimos, pues es deber de todo ciudadano así como lo menciona el Art. 95 CPC “*proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano*”, en igual medida lo expresa el Art. 79 CPC “*Todas las personas tiene derecho a gozar de un ambiente sano. La ley Garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla*”.

El principio de precaución parte en la defensa de los derechos fundamentales establecidos según la Declaración Universal de Derechos Humanos del 20 de Diciembre de 1948 como primacía sobre los colectivos, que en primera medida por ninguna razón deben ser vulnerados, por tal razón la afectación al medio ambiente conculca de manera directa el derecho a la vida, derecho a un ambiente sano y todos los demás fundamentales y conexos a la vida humana; como el derecho al agua, a respirar aire puro y disfrutar de un ambiente sano, disminuyendo expectativas de vida de sujetos vivientes.

Como ciudadanos parte un estado social de derecho inculco de deberes y derechos inmersos en la Constitución Política Colombiana (CPC), Mecanismos de Participación Ciudadana (cabildo abierto e iniciativa popular) y Mecanismo de Defensa (acción de tutela, acción popular), podemos hacer uso de estas herramientas esenciales para la salvaguardia y protección de derechos comunes y particulares.

Tomando como referente el artículo “*La Desviación Del Rio Ranchería ¿Un crimen de Lesa humanidad?*” Se sobreentiende los miles de “argumentos científicos” que se contrapusieron a los llamados de auxilio en pro del derecho precaución, entre los cuales se encuentra divisas, regalías, empleos e inversión extranjera para la nación “*en el periodo comprendido entre 1985 – 2009, el*

Cerrejón exporto 444,9 millones de toneladas, que generaron divisas del orden de US\$18.299 millones, a la nación solo le quedaron US \$1.461 millones. Es decir, para los dueños del recurso, solo nos quedó el 7,9%”.

Así mismo, se continuo con la desviación del Rio la Ranchería y Manantial de Cañaverales, por parte de multinacionales BHP BILLITON, ANGLOAMERICAN y XSTRATA (Cerrejón) y CHEVRON TEXACO debido al otorgamiento de diferentes títulos mineros y energéticos sustentados en los “argumento científicos expuestos” anteriormente, de esta manera no se aplicó el principio de precaución de forma inmediata, se dejó en segundo plano los derechos fundamentales y colectivos.

Esta problemática ambiental, social, económica y política arraso en su mayoría con el departamento de la Guajira, evidenciándose contaminación del aire por las partículas de carbón, vibraciones por explosiones, contaminación del agua con sustancias toxicas (mercurio y plomo), contaminación auditiva generada por el ruido de la maquinaria, acelerando el cambio climático y el proceso de erosión dejando sin continuidad el aprovechamiento de actividades como la agricultura que podrían efectuarse en los pisos térmicos con que cuenta esta región gracias a su biodiversidad; de igual forma, se vulneraron los derechos de las comunidades (nativos – indígenas), la pérdida de la esencia e identidad cultural; en relación al empleo se genera explotación laboral, ya que se trabajan jornadas completas, al igual que se generan enfermedades laborales a causa de las diferentes exposiciones.

El país y en particular el departamento no se beneficia de manera rentable ya que con esta explotación minera se crean condiciones benéficas monetarias para las compañías y al dueño de los recursos les quedan daños irreversibles que no son resarcidos por estas entidades extranjeras privadas.

“Crimen de lesa humanidad”... en la Guajira de manera diaria mueren niños, jóvenes y adultos a acusa de falta de agua potable, inseguridad alimentaria, desnutrición aguda, enfermedades diarreicas entre otras. Según la revista Human Rights Watch (HRW) en Colombia “Estadísticas oficiales indican que solo el 4 % de los wayuu que viven en zonas rurales de La Guajira tienen acceso a agua limpia y los que residen en zonas urbanas reciben un servicio irregular. La última encuesta gubernamental sobre nutrición, realizada en 2015, concluyó que el 77 % de las familias indígenas de La Guajira están afectadas por la inseguridad alimentaria; es decir, que no cuentan con un acceso seguro y permanente a alimentos de calidad en cantidades suficientes para una vida saludable y activa”.⁴

En lo que respecta a la política, es claro que las organizaciones mineras privadas han violado nuestra Constitución, ya que además de explotar los recurso naturales de los títulos mineros que tienen licencia, hurtan otros minerales sin pagar

⁴ Human rights Watch. (2020), Colombia: Niños indígenas en riesgo de desnutrición y muerte .

retribución y por ende tampoco dan resarcimiento a los daños medioambientales causados, evidenciándose la nulidad de acciones pertinentes por parte del estado.

En si la finalidad se ratifica el objetivo garante del Principio de Precaución en relación a la protección del medio ambiente y sostenibilidad ambiental (proteccionismo de los derechos humanos o sujeto cognoscente como parte de la naturaleza) sin anteponerse ábitramente a la prueba científica para delimitar las acciones legales en materia de aprovechamiento de los recursos naturales, es por ello que los entes competentes deben morigerar este principio.

2. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN UNA MIRADA A PARTIR DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA Y EL VIVIR BIEN SUMAK KAWSAY

Tú no puedes comprar el viento. Tú no puedes comprar el sol. Tú no puedes comprar la lluvia. Tú no puedes comprar el calor. Tú no puedes comprar las nubes. Tú no puedes comprar los colores. Tú no puedes comprar mi alegría. Tú no puedes comprar mis dolores. Calle 13, "Latinoamérica".

Un ejemplo claro de la aplicación del principio de precaución esta dado bajo el concepto que expresa el "Sumak Kawsay" adoptado por la Constitución Política del Ecuador del 2008 o "Sumak Qamaña" de la Constitución Política de Bolivia de 2009, las cuales se define como el "vivir bien" y "buen vivir" concepto sugeridos por los pueblos indígenas y aprobados por el Plan Nacional Del Buen Vivir 2009- 2013, 2013-2017; como instrumentos de planificación de las naciones previamente mencionadas, sustentado en la noción del "vivir bien" y "buen vivir", que permite una vida basada en la interacción armoniosa y holística que bebe tener el hombre y la naturaleza, de allí se desprenden las diversas interpretaciones del "Buen Vivir", que van desde las tendencias "fundamentalistas" hasta las "revolucionarias".

El "Vivir Bien "y "Buen Vivir" (Ecuador, art.14 y 71; Bolivia, art.8) la cultura indígena, desde la conquista o periodo colonial se han visto interferida y afectada en razón a las imposiciones culturales, éticas, morales, sociales, políticas y económicas que dicha civilización colonizadora trajo consigo, transformándolas , conduciéndolas a la clandestinidad de manera física y distorsionando su base ancestral (lenguaje, rituales, creencias, memoria histórica, saberes, técnicas, organización política y económica) destruyendo la simbiosis existente con la naturaleza. Es así que el "Buen Vivir" Humberto Chologo, nombrado presidente de la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador) en 2011, define el Sumak Kawsay como un nuevo modelo de vida (frente a la concepción

occidental) pero que va más allá de los indígenas y vale para todo el planeta (2010, 92).

Como dice David Choquehuanca, Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia (Gudy- nas, 2011, 1). Se trata de reconstruir el sentido de la vida y la ética que ordenaba la existencia de las comunidades y no de pronunciar un discurso puramente romántico (Cortez y Wagner, 2011.6)

José Sánchez Parga afirma que el concepto de “alli kausai” (vida buena) “en el sentido de calidad de vida, no es ajeno a un pasado reciente que nada tiene que ver con la tradición, sino más bien con la biografía de muchos indígenas” (2009, 137); “personas que desean “poder hacer su vida”, sin dejarlas a merced de factores que les son ajenos y hostiles” (Gudynas, 2011: 4).

Aunque se llame de diferentes formas en diversas lenguas indígenas, “Sumak Kawsay”, “Sumak Qamaña” y alli kausai”, entre otras; es de entenderse que en el lenguaje universal se hace referencia a un grito colectivo en defensa de la naturaleza, para los diferentes grupos étnicos.

Es de asumir que los pueblos indígenas no son invenciones actuales, pues son raizales de las culturas parte de la historia, que el neoliberalismo y el capitalismo han querido erradicar a base de imposición de patrones económicos tendientes al consumismo y extractivismo como modelos de desarrollo. *Eduardo Gudynas: “El ‘capitalismo benevolente’ es incompatible con el Buen Vivir” (2011, 239).* Los Indígenas como lo menciona la Constitución Política Colombiana hacen parte de la entidades territoriales, cuyos integrantes por enhiesto poseen derechos como todo ciudadano.

A necesidad del desconocimiento, la vulneración, saqueo y de más monstruosidades hechas a los pueblos indígenas, se hace necesario presentar postulados en defensa de estas culturas como se muestra en el Convenio N°169 de la Organizacional Internacional del Trabajo (OIT) , Sobre Pueblos Indígenas y Tribales; *La Declaración consta de 46 artículos en los que se establecen los estándares mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen la propiedad de sus tierras, los recursos naturales de sus territorios, la preservación de sus conocimientos tradicionales, la autodeterminación y la consulta previa. Esta Declaración también reconoce derechos individuales y colectivos relativos a la educación, la salud y el empleo.*

La Declaración es un referente básico que se puede invocar para proteger a los pueblos indígenas contra la discriminación y marginación a la que están aún

expuestos y se refuerzan mutuamente con el Convenio núm.169 al compartir principios y objetivos.⁵

Es por ello que las culturas indígenas se empeñan en defender nuestro ámbito natural, ya que “Lo que nos rodea (montañas, bosques, ríos...) es parte de un todo por el que tenemos vida”, afirma Rodolfo Pocop Coroxon. “Son divinidades (agua, aire, tierra, universo) cuya energía es igual a la de los átomos que forman los seres humanos” (2008, 40). Los Kunas de Panamá califican a los elementos de la naturaleza de “hermanos mayores”, porque existían antes que los seres humanos. Así, se personifica a la naturaleza y sus componentes. Se pide permiso a la Madre Tierra por todas las acciones destinadas a satisfacer las necesidades de la vida humana, pero que significan una “agresión” a su integridad, como cortar un árbol o matar un animal (Ibídem, 41).

No se puede desconocer que el concepto del buen vivir tiene una existencia postsocialista y postcapitalista donde su postulado radica meramente en el biocentrismo, dando a la naturaleza valor de ser y propendiendo por su bienestar, sin dejar de lado los fines económicos existentes de la sociedad y el desarrollo cultural ,económico, social y político.

Marx afirmaba en los manuscritos de 1844, que “el hombre es primero e indisolublemente parte de la naturaleza y este metabolismo primitivo se redobla en el proceso de preservación de su ser: la constante relación del hombre con la naturaleza no es sino la relación consigo mismo” (Carlos Marx, citado por Jean Luc Cachon, 1999: 800). El mismo Marx escribía en los Grundrisse, que fue el capitalismo el que provocó la separación entre el hombre y la naturaleza, “con la aparición del capitalismo, la naturaleza cesa de ser reconocida como una potencia para sí misma: se transforma en puro objeto para el hombre, una simple cosa de utilidad” (Ibídem). En El Capital, Marx decía: “la dominación del hombre sobre la naturaleza es un presupuesto del desarrollo de la producción capitalista” (Ibídem). Al contrario, para Carlos Marx, el comunismo es la reconciliación entre el hombre y la naturaleza, el retorno a la unidad. Es “la verdadera solución del antagonismo entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y el hombre” (Ibídem, 799)2. La armonía entre los seres humanos y la tierra estaba presente en el pensamiento de Marx y en su proyecto socialista. Es uno de los “olvidos” del socialismo histórico que debemos rescatar, es así como lo dice Norma Aguilar Alvarado, que los pueblos originarios y afrodescendientes pueden ser “inspiradores de valores, conocimientos y teorías o filosofías alternativas y políticamente respetables” (<http://ser-vindi.org/actualidad/opinion/22327>).

En lo que respecta a la Constitución Política Colombiana en sus Arts. 67, 79, 80, 88, 95(Ítem 8),289,310, 317, 331, 333 , 334, en relación a la conservación del

⁵ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014.Pág 11.

medio ambiente, se confronta con Constitución Política de Bolivia en sus arts. 9 (Ítem 6), 30 (Ítem 10), 33,34,74, 80,108, 135,189 (Ítem 1),255 (parte 2 Ítem 8), 298 (parte 1 Ítem 20 y parte 2 ítem 6), 299 (parte 2 ítem 1),302 (Parte 1 Ítem 5),304 (parte 2 Ítem 4, Parte 3 Ítem 3),312 (Parte 3), 316 (Ítem 6),319(Parte 1),337 (parte 1) , 342, 343,344 (parte 1 y 2),345 (ítem 2), 346,347(parte 1 y 2), 378 (parte 1), 379 (parte 1), 391 (parte 1), 391(parte 1) ,402 (ítem 1) y la Constitución Política Ecuatoriana en sus arts. 14,27,66(Ítem 27), 74, 83 (Ítem 6), 258, 267 (Ítem 4) ,323, 326 (Ítem 5) , 347, 376,385,387(ítem 4), 391, 396,397,398,399 ; evidenciándose sus similitudes en los enfoques defensa y protección de naturaleza como parte esencial de un todo, pero la Constitución Ecuatoriana se diferencia de las anteriormente expuestas en la fijación de derechos para naturaleza, acercándose a decretar para su cumplimiento los Derechos de solidaridad o de los pueblos ,orientado al *Sumak Kawsai implica también una visión del conjunto de América Latina, Abya Yala, “una gran comunidad” como dice David Choquehuanca. La Constitución de Bolivia retoma esta idea “Unir a todos los pueblos y volver a ser el Abya Yala que fuimos”. Guardando las diferencias de contenido, se puede decir que el concepto tiene una cierta afinidad con la “Patria Grande” de Simón Bolívar o con “Nuestra América” de José Martí. (François, 2011).* Es de resaltar de nuestra constituyente que concibe a la naturaleza como sujeto de derecho “entidad viviente”, de especial protección lo que fundamenta el derecho de precaución.

Es de denotar que las constituciones de los Países vecinos implementaron dentro de sus textos de carácter jurídico – político el principio de “Vivir Bien” “y “Buen Vivir” en razón a las afectaciones previamente de proyectos de mega minera y ampliación de la frontera petrolera a gran escala. *La idea del desarrollo llevó las élites nacionales e internacionales “a vender los recursos naturales de los países del Tercer Mundo al mejor postor, a empobrecer masivamente estos países, a destruir los ecosistemas y afectar la salud pública, a matar y torturar, a condenar los pueblos indígenas a la casi-extinción” (Escobar, 1997: 92).*

Dando una mirada global al *Sumak Kawsai* se transforma en una realidad introspectiva del ser humano basada en el obediencia ancestral, traducido en el cuidado del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales de manera responsable , partiendo del respeto a la naturaleza, porque *no solamente hay vida en la naturaleza. Ella es también fuente de la vida (incluso de la consciencia). La tierra es “el espacio donde se reproduce y realiza la vida” afirma el Plan Nacional para el Buen Vivir del Ecuador (2009,44).*

La tierra es más que un conjunto de materia, en ella hay vida. Por eso se entiende el grito del indígena uwa de Colombia, cuando frente a las actividades de extracción petrolera y minera, que, en su territorio, dejan la selva destruida, los ríos contaminados, los suelos devastados, dice: eso significa matar la Tierra (Martínez, 2010, 111).

La naturaleza es el principio de existir del ser humano, sin ella no podríamos vivir, pero el abuso desmedido de los recursos naturales rompe el equilibrio de la relación armónica que debe primar como deber u obligación que se tiene con el espacio geográfico, ecológico, atmosférico y ecosistémico (servicios de aprovisionamiento, apoyo, regulación y culturales)

El Sumak Kawsai como proyecto filosófico – político se concibe en el principio de precaución como la simbiosis responsable entre hombre – naturaleza que pretende reservar de futuros daños que impactan y quebrantan el sosiego de la naturaleza como el génesis que permiten el desarrollo económico y social de las comunidades en general; donde “la aniquilación” de manera paulatina de la naturaleza es el apocalipsis anunciado por corrientes religiosas que no se llevará a cabo por un ser superior, pues el mismo hombre con su avaricia imperante agota a toda costa esta fuente dadora de capital haciendo contraposición, es por ello que se hace necesaria la intervención judicial para delimitar el ejercicio de actividades que generen o que representen conflictos normativos ante lo que se debe dar prevalencia al medio ambiente, las vías de hecho del principio de precaución se desarrollan a base de los fundamentos verosímiles que sustentan la problemática (prueba científica), razón por la cual surge la necesidad de evidenciar con elementos convincentes y vínculos concretos para detener o tomar medidas cautelares sobre la explotación y uso ilimitado de los recursos naturales de objetivos consumistas; excesivos e indiscriminados que conculcan derechos que tiene supremacía, esgrimiendo a la justicia de los derechos de naturaleza, es así como surge una relación intrínseca en el marco jurisprudencial bajo la incertidumbre técnica y científica de riesgo de daño medio ambiental o aquellos que atenten contra los derechos individuales, por este sustento el derecho de precaución hace énfasis como norma en el actuar y si es del caso afectar derechos individuales para proteger el medio ambiente, aún ante la incertidumbre sobre los riesgos de la actividad sobre la cual pesa la actuación administrativa (Sentencia T-236 de 2017).

Por otra parte, al igual que el “Buen Vivir” el derecho de precaución pretende defender como primicia los derechos fundamentales, de tal manera que se implemente un modelo que otorgue servicio y garantía de “vivir bien” comprendido en los parámetros de inclusión y equidad para el goce y disfrute de los haberes que se relaciona a la defensa (ambiente sano, alimentación, transporte, turismo, educación, protección integral de la familia, valores culturales, conservación de la identidad cultural, búsqueda del conocimiento, fomento de las ciencias, desarrollo económico y social) en cumplimiento de la normativa para consecución de una matriz comunitaria y sustentable de las partes (naturaleza-hombre).

3. LÍMITES O EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El derecho de precaución se encuentra contextualizado en nuestra carta magna, mediante derechos individuales y deberes del estado, en pro de la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente, la consecución de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento educativo para finalidad de dicho postulado; a través de la planificación y administración de los recursos naturales se garantiza un desarrollo sostenible y sustentable previniendo y controlando factores que deterioren el medio, siendo labor del estado a través de la jurisprudencia imponer sanciones legales y exigir el resarcimiento de los daños causados al bien jurídico que a su vez es un derecho de las personas.

El principio de precaución o cautela establece instrumentos a organismos competentes para actuar ante la afectación, daño o riesgo futuro sobre el medio ambiente que lo compromete gravemente al igual que los derechos con que el mismo se relaciona, este se aplica cuando no se tiene certeza científica de la existencia de posibles daños futuros y decide sobre su adopción en un estado de incertidumbre, dando causalidad al debido proceso en búsqueda de la totalidad de la carga probatoria, siendo evidente que no todas las infracciones comprobadas revisten la misma gravedad, para lo cual se sustenta en el principio de precaución ambiental *“Si bien el principio de precaución hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, la Corte ha considerado que se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas y de los deberes de protección y prevención contenidos en Carta, constitucionalización que deriva del deber impuesto a las autoridades de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente. ”* Consagración en convenios y declaraciones internacionales sobre medio ambiente y Constitucionalizado en virtud de la internacionalización de las relaciones ecológicas (Sentencia C-703/10). Con categoría del Ley 99 de 1993. Por otro lado el pluralismo jurídico de reconocer distintas aproximaciones a la naturaleza y al reconocimiento de valores intrínsecos en ella (Sentencia T-080, 2015), en lo que se resguarda en su medida el derecho de cautela.

Como se evidencia en la C-236/17 en materia de precaución del derecho ambiental es el efecto proferido al medio ambiente y a la salud debido al uso del glifosato manipulado en Colombia y otros países en proyectos de aspersión de cultivos ilícitos, situación que genera un conflicto entre derechos y bienes jurídicos. *La toxicidad del ingrediente activo puede verse afectada por factores ambientales como la temperatura, el pH, depredadores, entre otros (Triana, Montes & Bernal, 2013). (...) en humanos, los síntomas de envenenamiento incluyen irritaciones dérmicas y oculares, náuseas y mareos, edema pulmonar, descenso de la presión sanguínea, reacciones alérgicas, dolor abdominal, pérdida masiva de líquido gastrointestinal, vómito, pérdida de conciencia, destrucción de glóbulos rojos, electrocardiogramas anormales y daño o falla renal (Herrera,*

2011). (...) un estudio realizado por la Agencia Internacional de Investigación sobre el Cáncer (IARC), filial de la Organización Mundial de la Salud, calificó al glifosato como potencialmente cancerígeno (Guyton KZ, 2015)” lo que fundamenta la toma de medidas restrictivas en lo que respecta a la materia.

El principio constitucional de precaución en materia ambiental y de salud, a propósito de políticas públicas que lo impacten o amenacen. En Colombia y en otros países se ha dado una discusión sobre los riesgos del glifosato para la salud humana. Existen estudios que, aplicando metodologías distintas, han llegado a conclusiones distintas. Uno de ellos, la monografía de la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer (IARC) que fundamentó la decisión de esa entidad de clasificar el glifosato dentro del Grupo 2B como posiblemente cancerígeno, sirvió como fundamento para que el Consejo Nacional de Estupefacientes solicitara a la ANLA aplicar el principio de precaución, y a la vez, para que la ANLA ordenara suspender provisionalmente el programa de erradicación. Teniendo en cuenta ese hallazgo, a primera vista podría considerarse que la solución de este caso es sencilla. En efecto, si existe una discusión sobre los riesgos del glifosato, tanto que hay debates científicos a nivel nacional e internacional, la actividad de aspersión debería prohibirse por precaución. Sin embargo, la Sala considera que ese no es el alcance del principio constitucional de precaución. Este principio requiere la consideración de varios factores relacionados no solo con la existencia de un riesgo, sino con el grado de certidumbre del mismo, su magnitud, la confiabilidad de la evidencia científica asociada, la respuesta regulatoria ya adoptada por las autoridades, el cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional. Para la Sala, el principio de precaución no equivale a una presunción iuris tantum de que la actividad es dañina y por lo tanto debe prohibirse.[83] Este principio tiene una complejidad considerable, que debe ser tomada en cuenta al momento de aplicarlo a un caso concreto que, como el presente, tiene graves implicaciones no solo para la salud, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, sino también la seguridad nacional y la lucha contra las drogas ilícitas. (C- 236 – 2017).

Para contextualizar el principio de precaución con las problemáticas existentes en relación a la minera y otras prácticas extractivistas significativas en el presente trabajo que se aborda la C-445-2016 en lo que trasciende, resuelve la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera. Por lo tanto la C-595 -2010 establece el procedimiento sancionatorio ambiental a toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes ,será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo

y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

Posteriormente, en la Sentencia C-332 del 2002 la Corte incorpora en su discurso una serie de elementos que permiten hablar de un enfoque Biocéntrico en la protección del medio ambiente⁶, igualmente en Sentencia C-632 de 2011 la Corte señaló de manera expresa que los mecanismos del sistema jurídico ambiental, expresamente las medidas compensatorias se han instituido en defensa de los derechos de la naturaleza⁷, concretamente, en relación con los derechos a mantener y generar sus ciclos vitales (Sentencia C-632, 2011).

Incluso es bueno considerar que en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal deben ser protegidos y garantizados; en este sentido la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. (Sentencia C-632, 2011)”

“La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano, ya que la sociedad es capaz de preocuparse y ocuparse por lo cercano y lo lejano, de cuestionarnos sobre el deterioro ambiental -más allá de los beneficios que nos procuren- y de reconocer un valor al mundo natural. (Sentencia T-622, 2016)”

⁶ Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales (artículos 67 inciso 2, 79, 88, 95 numeral 8)

Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado (artículos 333 y 334). En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales (artículos 67 inciso 2, 79, 88, 95 numeral 8) sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (Sen, 2010)

Para finalizar, en Colombia la Corte Constitucional en sentencia SU217 del 2017, Magistrado ponente Maria Victoria Calle Correa, Expediente T-5605835, definió el concepto y elementos propios de la Justicia Ambiental en Colombia. Justicia Ambiental, es el concepto que designa “el tratamiento justo”⁸. “Tal es la relevancia del medio ambiente para el constitucionalismo colombiano que este ha adquirido distintas connotaciones dentro del ordenamiento jurídico. Representa simultáneamente un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1º, 2º y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8º, 79, 95 y 333 superiores) (Sentencia T-080, 2015)”

⁸ Tratamiento Justo es, “ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal”

CONCLUSIONES

Para concluir si bien es cierto el principio de precaución genera ese matiz de discrecionalidad determinado en la posibilidad que tiene la autoridad administrativa que en desarrollo de su actividad funcional y en la toma de decisiones precaviendo que con su actuación no se genere un daño futuro e irremediable al medio ambiente y se vulneren derechos colectivos; este pueda en aplicación de este principio negar la expedición de acto administrativo sin evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede éste arbitrariamente invocar el derecho de precaución, la autoridad administrativa tiene que determinar o fijar el nivel de riesgo constitucionalmente aceptado en la motivación del acto como aspectos científico, juicios de valor que soporten la aplicación del principio de precaución.

Jurisprudencialmente y en aplicación de este principio en unos casos se puede determinar la controversia científica simplemente para aplicar el principio y en otros se indica necesariamente la existencia de un indicio de causalidad. Es decir se exige el principio de certeza o una prueba del riesgo mismo para la aplicación de este.

Todo esto nos determina que la necesidad de la prueba en la motivación del acto administrativo emanado de la autoridad competente desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial, en algunos casos ha servido de ayuda argumentativa como el riesgo potencial a los recursos naturales y medio ambiente, en otros casos se incorpora como los tratados suscritos y derivación normativa o leyes o en una actividad concreta determinada, pero no ha sido claro o determinado el grado de evidencia de prueba respecto de la aplicación del principio como ya lo manifesté en unos casos con solo una controversia científica basta, mientras que en otro desarrollo ha exigido un indicio o nexo de causalidad. Lo que nos determina que no es claro el grado de prueba. Pero esta si es requisito para la aplicación del mismo se requiere una complejidad que determina no solo la existencia del riesgo si el grado de certidumbre del mismo su magnitud, confiabilidad de existencia asociada, es decir amerita la prueba para su motivación y aplicación, dejando una discrecionalidad regulada o supeditada en la aplicación del principio de precaución a la autoridad administrativa.

Ahora bien, si el Sumak kawsay nos habla del respeto , nivelación y cuidado a la naturaleza dado como un plan alternativo de desarrollo a partir de los cuidados erguidos desde épocas ancestrales provistos por las diferentes prácticas de vida en plenitud con la naturaleza, en la actualidad no se puede dejar de lado la beligerante justificación de la necesidad de motivación de la prueba como piedra angular del proceso judicial para castigar e impartir medidas cautelares o medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido en su totalidad a todo acto de mala fe de manera premeditada, ya que la corte constitucional se encarga de velar por la integridad y la supremacía

constitucional, esto también sustentado en la objetividad de la sentencia c-703 de 2010 de carácter preventivo, restrictivo y proteccionista en materia ambiental. Es decir el vivir bien desde la mirada de la necesidad de la prueba para aplicar el principio de precaución que garantice este principio ancestral está determinado a la necesidad de la prueba para su motivación y materialización.

La discrecionalidad que debe ostentar la aplicación del principio de precaución por parte de la autoridad, entendiéndolo como el principio que acompaña el derecho ambiental generando de manera anticipada intervenir ante una afectación, daño, riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, comprometiendo de manera grave y a los derechos conexos del mismo y obviamente contrariando los postulados del vivir bien y la armonía hombre-naturaleza, constitucionalizados estos postulados en aplicación de los derechos fundamentales conexos y los colectivos afectados; este uso de la potestad discrecional se limita al exigir para su aplicación una afectación grave al medio ambiente y prueba o controversia científica de dicha situación ,en cuanto que el principio de precaución el riesgo o la magnitud del daño producido no son conocidos con anticipación, pues no existe la certeza para la autoridad de establecer al mediano o largo plazo sus efectos; aunque se conozcan sus impactos nocivos, la jurisprudencia como sea anotado se determina demostrando, motivando y probando ese grado de perjuicio y así darle aplicación al principio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA

- López, 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%2C%20el%20Principio%20de%20Precauci%C3%B3n,o%20evitar%20da%C3%B1os%20al%20medioambiente.>
- Congreso de Colombia, Ley 99 de 1993. Art.2 del 22 de diciembre de 1993 (Colombia). Recuperado de <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-99-de-1993>
- Human rights Watch. (2020), Colombia: Niños indígenas en riesgo de desnutrición y muerte Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2020/08/13/colombia-ninos-indigenas-en-riesgo-de-desnutricion-y-muerte>
- Houtart(diciembre,2011) El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10469/3523>
- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014.

Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Escobar, Arturo (1997) "The making and unmaking of the Third World through development". En Majid Rahnema y Victoria Bawtree, (eds.) *The Post-Development Reader*, Londres: Zed Books: 85-93.
- Corte Constitucional (6 de Septiembre de 2010) Sentencia C- 703. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>.
- Corte Constitucional (21de Abril de 2017) Sentencia T-236/17. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-236-17.htm>
- Corte Constitucional (19 de agosto de 2016) Sentencia T-445/16. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-445-16.htm>

- Corte Constitucional (18 de agosto de 1999) Sentencia C-595 -2010 recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-595-99.htm>
- Corte Constitucional (6 de septiembre de 2010) Sentencia C-703 -2010 recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>
- Corte Constitucional (10 de noviembre de 2016) Sentencia T-622- 16 recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional (18 de abril de 2017) Sentencia SU217-2017 recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU217-17.htm>
- Corte Constitucional (20 de febrero de 2015) Sentencia T-080/15 recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>
- García J.S(2017). JUSTICIA AMBIENTAL EN COLOMBIA: UN ESTUDIO SOBRE EL DERECHO AMBIENTAL, EL MEDIO AMBIENTE Y LA RELACIÓN DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA DESDE LAS PRÁCTICAS DEL BUEN VIVIR. recuperado de <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12326>
- Buitrago E.A(2018) EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/directum/article/view/5213>
- Escobar M.J (2010) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EN LA MOTIVACION DE UNA SENTENCIA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA recuperado de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1135>