

El principio de precaución y la responsabilidad civil

MARÍA ISABEL TRONCOSO*

Sumario: Introducción. I. Contenido y elementos del principio de precaución. A. Origen del principio de precaución. 1. La necesidad de la precaución. 2. La adopción del principio de precaución en el derecho francés. B. Noción del principio de precaución. 1. La precaución y la prevención. 2. La precaución como principio. II. La aplicación del principio de precaución. A. Su campo originario de acción. 1. Una aplicación restringida a nivel comunitario y al campo del medio ambiente. 2. Su extensión al campo de la salud pública y la alimentación. B. La aplicación del principio de precaución en la responsabilidad civil. 1. Acción de precaución o de daño evitable. a. El daño evitable. b. Una acción colectiva o individual. 2. Acción reparatoria o del daño causado, "refuerzo de la obligación de prudencia".

Resumen

Este artículo busca dar una primera aproximación al principio de precaución, a su origen y a su proceso de lenta maduración, para explicar cómo hoy al mismo se le atribuyen dos elementos esenciales: una constante que se refiere al hecho de tratarse de una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y una exigencia, la de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado. Así delineado, el principio que nace en los terrenos del medio ambiente y se extiende luego al campo de la salud pública y la alimentación, hace su encuentro con la responsabilidad civil, encuentro del que todavía son inciertas sus consecuencias.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia con Especialización en Responsabilidad de la misma Universidad; DSU *Droit Civil Paris II*, Master *Droit Privé Général* Universidad Paris II, actualmente doctoranda en responsabilidad civil en la misma Universidad. Fue abogada del grupo de trabajo de la División de Protección al Consumidor y de la División de Competencia Desleal en la Superintendencia de Industria y Comercio. Correo electrónico: mariaisabel.troncoso@gmail.com
Fecha de recepción: 10 de octubre de 2009. Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2010.

Palabras clave: principio de precaución, responsabilidad civil, funciones de la responsabilidad, prevención del daño, daño ambiental

INTRODUCCIÓN

Ser responsable jurídicamente significa tener a cargo la obligación de reparar el daño causado a una persona. El daño, con sus características de cierto y antijurídico, ha sido el centro del discurso de la responsabilidad civil ("sin daño no hay responsabilidad"); su reparación ha sido el objetivo de esta institución.

Sin embargo, debido a la evolución de la sociedad, actualmente vale la pena cuestionarse sobre si la responsabilidad civil podría estar presente *ex ante* en relación con el acaecimiento del daño, para evitarlo. ¿Podría ella intervenir cuando existe simplemente una amenaza, una sospecha fundada, la incertidumbre sobre la existencia de un riesgo? En otros términos, ¿podría una persona ser declarada jurídicamente responsable por *amenazar* el interés individual o colectivo?¹

Vislumbrar la posibilidad de cambiar el eje de la responsabilidad civil es ampliar su espectro de actuación. Una responsabilidad civil *a priori* es una idea singular en la medida en que existe una tradición de un mecanismo de la responsabilidad que opera *a posteriori*, y que llega para reparar el daño. No se trata de tergiversar esta institución sino de adecuarla a la transformación de la sociedad y del mismo daño.

Esta transformación generaría la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad civil ante una situación de daño previsible, es decir, de un daño que aún no se materializa (que no debe confundirse con el daño futuro, el cual es perfectamente reparable desde el momento en que su realización es cierta, mientras que, cuando hablamos de precaución, se trata de tomar medidas para evitar un daño que se sospecha que puede ocurrir); lo cual constituye una iniciativa importante particularmente tratándose de intereses cuya reparación es imposible, y cuya compensación, en muchos casos, resulta inútil.

El concepto de precaución se forjó en Europa en los años 70 (más exactamente, en la doctrina del derecho público de Alemania). Sin tener normas en las cuales apoyarse, las autoridades públicas, al momento de sospechar la ocurrencia de daños irreversibles en el ecosistema marino, se sustentaron en la "precaución" con el fin de limitar el uso de nuevas tecnologías. De modo que fue el derecho del medio ambiente europeo el que dio origen al principio en estudio, erigido con el objeto de evitar daños graves e irreversibles sobre los intereses más nobles, como son la

1 Sabemos que la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación de los daños causados por un tercero, ¿pero es éste su único objetivo? ¿Podría la responsabilidad civil además sancionar a una persona por estar en posición de causar un daño, o por el hecho de haber estado en posición de evitarlo y no haberlo hecho (daño evitable)? Son estos interrogantes los que nos llevan a estudiar este principio y su influencia en la responsabilidad civil.

vida, la salud y el medio ambiente, esenciales para la preservación del ser humano y de las condiciones ambientales que hacen posible su desarrollo normal.

La conciencia sobre la preservación del planeta, que redundaba en la conservación de la especie humana, cobra un grado de importancia que antes no tenía. De suerte que este principio aparece en el sistema legal para, mediante el cuestionamiento de las nuevas tecnologías y productos, evitar daños cuyas consecuencias no sería posible remediar y que serían fatales para el entorno y el desarrollo del ser humano.

Como consecuencia de lo anterior, la influencia de este principio en la responsabilidad civil podría ser la de crear una acción de "precaución" o acción preventiva, a nivel individual o colectivo, con el fin de evitar la ocurrencia de un daño grave e irreversible.

Para explicar este principio, dividiremos nuestra exposición en dos partes: La primera analizará el origen y la definición del principio de precaución (I); y la segunda, tratará de establecer su influencia en la responsabilidad civil, mediante el análisis de su aplicación (II).

I. CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

A. Origen del principio de precaución

1. La necesidad de la precaución

Como se dijo, las premisas de este principio provienen del ordenamiento alemán de los años 70 (*Vorsorgeprinzip*). Con la finalidad de motivar a las empresas a utilizar las mejores técnicas disponibles, sin que con ello se arriesgara la actividad económica, este principio incitaba a tomar medidas contra la contaminación antes de tener la certeza científica sobre los daños que podían causar dichas tecnologías al medio ambiente.

Sin embargo, el principio es invocado por primera vez, a propósito de los problemas de contaminación ambiental, por los países nórdicos. En este sentido, la declaración ministerial de la segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte de 1987 consideró que: "*Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de sustancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas sustancias incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico*".

Estos gobiernos tenían el inconveniente de no contar con normas legales que les permitieran actuar *a priori* en defensa del medio ambiente contra las nuevas tecnologías. Es decir, si bien los gobiernos podían tener indicios del riesgo que podía conllevar el poner en marcha el uso de cierta tecnología, y sospecharan sobre su potencialidad para afectar el equilibrio del medio ambiente, no disponían de las herramientas jurídicas apropiadas para evitar su uso, ya que no había certeza de la ocurrencia de un daño grave.

Este tipo de situaciones motivó la adopción de la precaución como un modo de actuar *a priori* aunque legalmente, con el sólo fundamento en una sospecha. Poco a poco, esta forma de actuar *ex ante* fue escalando posiciones hasta llegar a ser elevada a "principio de derecho" para permitir a las autoridades públicas cuestionar las nuevas tecnologías y productos y generar así una necesidad de investigación y la adopción de medidas para evitar daños graves e irreversibles. De modo que el principio de precaución ha evolucionado de una concepción puramente filosófica a una norma jurídica.

2. La adopción del principio de precaución en el derecho francés

En las normas europeas, este principio fue introducido por el Tratado de Maastricht², y fue adoptado por Francia exclusivamente en el marco de la protección del medio ambiente.

La ley *Barnier*³ es la norma que introduce en el derecho francés el principio de precaución, según el cual: *"La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable"*.

Luego, en febrero de 2005, el Parlamento francés inscribió la Carta del medio ambiente en la Constitución, instalando así el principio de precaución en el nivel más elevado de la jerarquía de las normas jurídicas. En efecto, el artículo 5 de la Constitución Política de Francia señala: *"Cuando la realización de un daño, aunque incierto en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución, y dentro de sus competencias, por poner en marcha los procesos de evaluación de riesgos y adoptar medidas provisionales y proporcionadas a fin de evitar la realización de un daño"*.

Así las cosas, en Francia se adoptó el principio de precaución dentro del contexto de la defensa del medio ambiente. No obstante, este principio es dinámico y empieza a ser aplicado en otros campos, como por ejemplo, en materia de salud pública y de alimentos, debido a los intereses que en ellos se encuentran involucrados, los cuales justifican su adopción.

B. Noción del principio de precaución

Para entender la precaución es importante conocer la definición de una institución cercana a la misma como es la prevención, pues, si bien es cierto que se asemejan,

2 Art. 130R, que se convirtió en el art. 174 con el Tratado de Amsterdam.

3 Ley del 2 febrero de 1995, art. L.110-1.

el aspecto que las diferencia es esencial para determinar el proceso de gestión del riesgo.

1. La precaución y la prevención

La precaución, como lo enuncia VINEY en el informe presentado al Primer Ministro francés⁴, "es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales o comprobados".

La prevención, a su turno, se presenta en el escenario en el que los daños provienen de riesgos comprobados, es decir, cuando su existencia está demostrada o es conocida empíricamente (al punto de que en ocasiones es posible estimar la frecuencia en que se sucede), como ocurre, por ejemplo, con el riesgo nuclear, frente al cual la incertidumbre no es sobre el riesgo que se corre sino sobre la realización del daño.

De otro lado, la precaución se aplica a los riesgos hipotéticos, que aún no se han confirmado científicamente, pero cuya posibilidad de existencia puede identificarse a partir de conocimientos empíricos y científicos, como los que representan, por ejemplo, el desarrollo de los organismos genéticamente modificados (OGM), la nanotecnología, las emisiones de los teléfonos celulares, etc. Esta distinción permite identificar el campo en el que está llamado a actuar el principio de precaución.

Este principio es una directiva de política jurídica para la protección de intereses esenciales (la salud pública y el medio ambiente), que recomienda tomar medidas de conservación capaces de impedir la realización de un riesgo eventual, antes incluso de saber con certeza (con pruebas científicas que sirvan de apoyo) que el peligro contra el cual se lucha representa una amenaza real. Constituye una "máxima de prudencia cuando el sendero es borroso, incierto, y cuyo alcance y fundamento jurídico llaman a la reflexión. Estas medidas reposarán en la legitimidad sólo si la decisión que las decreta reposa en la evaluación juiciosa y razonable del riesgo, y aporta a éste una respuesta pertinente y proporcionada⁵".

4 "La diferencia entre riesgo potencial y riesgo comprobado es el fundamento de la distinción entre precaución y prevención. La precaución hace alusión a los riesgos potenciales y la prevención a aquellos que son comprobados. Tenemos la tendencia a confundir precaución y prevención. Pensamos que los riesgos potenciales son poco probables y los asimilamos inconscientemente a los riesgos comprobados que tienen tan poca probabilidad de ocurrir que son bien administrados. Esto es doblemente inexacto. Para comenzar, las probabilidades no tienen la misma naturaleza (en el caso de la precaución, se trata de una probabilidad de que la hipótesis sea exacta, en el caso de la prevención, la peligrosidad está establecida y se trata más bien de la probabilidad de su ocurrencia). Además de esto y aun más importante, los riesgos potenciales, a pesar de su carácter hipotético, pueden tener una alta probabilidad de realización. En la práctica, sin embargo, la precaución puede ser entendida como la prolongación de los métodos de prevención aplicados a los riesgos inciertos". G. VINEY y M. KOURILSKY, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, 1999, en <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>, 18.

5 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8 ed., PUF, Paris, 2007.

En este orden de ideas, el primer elemento del principio de precaución es "la incertidumbre respecto del riesgo", y si bien debe existir una razón que despierte esta sospecha⁶, no es necesario un estudio con resultados ciertos e irrefutables; pues, de ser así, el escenario sería diferente al de la precaución.

De otro lado, y como segundo elemento del principio de precaución, encontramos una "exigencia de tomar medidas", las cuales deben ser proporcionadas y aptas para evitar el daño; este aspecto es delicado. La proporcionalidad de las medidas es un factor esencial en cuanto se orienta a conservar una situación "favorable" para la actividad "origen del riesgo"; en otras palabras, de lo que se trata es de que la empresa o la persona involucrada no se vea gravemente afectada si no es estrictamente necesario. De otro lado, las medidas deben ser aptas, es decir, deben ser capaces de eliminar el riesgo.

Como conclusión, el principio de precaución consta de dos elementos esenciales, una constante que se refiere al hecho de tratarse de una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado.

2. La precaución como principio

Para abordar la noción de "principio de precaución" es importante analizar primero y brevemente el concepto de principio en derecho.

El principio es una norma establecida por un texto en términos muy generales, destinado a inspirar diversas aplicaciones y que se impone con una autoridad superior⁷.

En algunas ocasiones, la ley consagra los principios de derecho y la jurisprudencia los aplica. En el Código de Procedimiento Civil, por ejemplo, se consagra el principio según el cual la persona que busca obtener la consecuencia enunciada por la norma debe probar la ocurrencia del supuesto de hecho⁸.

6 Por ejemplo en Francia, el caso del medicamento distribuido por el Instituto Pasteur como remedio para los problemas de crecimiento de los niños, que consistía en la aplicación de la hipófisis extraída de cadáveres, que causó un degeneramiento del sistema nervioso y tuvo como consecuencia final la muerte de varios infantes. En este caso había ya noticia de varios niños que habían desarrollado los mismos síntomas después de haber estado expuestos al mismo tratamiento, sin embargo, no se actuó con precaución, y en cambio se siguió administrando el medicamento. Si al haber observado este fenómeno se hubieran tomado las medidas necesarias, como retirar el medicamento del mercado y hacer las investigaciones necesarias, se hubiera evitado la muerte de varios niños. He aquí un ejemplo en el que el simple seguimiento de un producto puede indicar la existencia de un riesgo.

7 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, cit., p. 720.

8 Existe también por ejemplo el principio según el cual "nadie puede enriquecerse sin justa causa", principio que fue forjado por la jurisprudencia francesa y que dio origen a la acción *in rem verso*. "Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir en

Pero independientemente de su consagración legal o jurisprudencial, el principio es siempre una fuente de derecho, de alcance general e irrefutable, porque el derecho positivo no se reduce sólo a la ley, sino que se expresa también mediante los principios generales, los cuales brindan fundamentos a las soluciones que el juez debe dar las situaciones que violan sus postulados.

El principio es una fuente real de derecho⁹, "constituido por preceptos morales, universales y, en general, por las fuerzas creadoras del derecho... El principio está tan poderosamente arraigado al orden jurídico al que pertenece que de él se desprenden las reglas jurídicas del sistema"¹⁰.

De suerte que el principio en derecho no es una regla formada por una situación hipotética caracterizada, es decir, no prescribe un comportamiento identificado de forma precisa, sino que se trata de una fórmula general, con un alcance igualmente indeterminado. Es una fórmula abstracta que debe ser interpretada en cada caso.

Esta abstracción, que caracteriza la aplicación de los principios en el derecho, y que tiene como consecuencia un "alcance indeterminado", despierta cierta insatisfacción y una crítica severa, ya que no hay una "sanción predeterminada", sino que al ser flexible, el principio se adecúa a las circunstancias de modo y tiempo asegurando el resultado buscado.

Este inconveniente, respecto del principio de precaución, genera críticas según las cuales, por su característica de aplicación *ex-ante*, el mismo podría oponerse al desarrollo de la tecnología; sin embargo, es de aclarar que, por el contrario, se trata de una invitación a la reflexión sobre las condiciones en las cuales se efectúan dichos progresos, y no de una inhibición a la innovación¹¹.

Como lo describe la primera parte de este escrito, el principio de precaución inicia como un concepto filosófico que a medida que las circunstancias lo demandan es invocado cada vez con mayor frecuencia como fundamento jurídico, hasta alcanzar el estatus de principio legal.

Sin poseer un supuesto de hecho preciso, este principio es flexible, lo cual es una ventaja porque puede ser interpretado en cada caso, yendo de la mano con los avances técnicos y científicos que respaldan la aplicación del mismo, y proporcionando la oportunidad de implementar medidas ajustadas a las dimensiones del daño previsible.

détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois ... constituant une des applications du principe consacré virtuellement par le code que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui...": Req. 15 junio de 1892, DP 92 .1. 596, S. 93. 1. 281, nota de LABBÉ, *Grands arrêts*, No. 227.

9 "Malgré les débats concernant la nature des principes généraux du droit civil": N. MOLFESSIS, "La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", RTD civ. 2001, p. 699.

10 *Ob. cit.*

11 "[I]l n'existe aucune opposition a priori entre précaution et progrès technologique. Le principe de précaution invite à une réflexion sur les conditions dans lesquelles s'effectuent ces progrès plutôt qu'une inhibition de toute innovation". G. VINEY y M. KOURILSKY, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, cit.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

A. Su campo originario de acción

Para introducir esta parte es necesario realizar un breve recuento de cómo se ha venido aplicando el principio de precaución en la Comunidad Europea, y observar cómo dicho principio ha extendido sus dominios progresivamente a diversos campos; razón por la cual hoy en día es posible vislumbrar su aplicación en materia de responsabilidad civil.

1. Una aplicación restringida a nivel comunitario y al campo del medio ambiente

El principio de precaución ha tenido una maduración lenta. En la época en que comenzó a ser invocado, los gobiernos advirtieron la existencia del riesgo de daños graves que podían causarse por la aplicación de las nuevas tecnologías, y que debían ser evitados a pesar de la incertidumbre científica al respecto.

Fue la necesidad de proteger el medio ambiente lo que motivó que la precaución fuera invocada y aplicada originaria y exclusivamente en esta materia, y sólo a nivel de la Comunidad Europea. La jurisprudencia comunitaria forjó este principio, primero, en el *obiter dictum* de diferentes decisiones, y luego como *rationae causa* de otros pronunciamientos, lo que marcó su paso al estado de "principio", aplicado únicamente al medio ambiente; pues será sólo posteriormente cuando su aplicación se extenderá en Europa al campo de la salud.

2. Su extensión al campo de la salud pública y la alimentación

La decisión más importante en el sector de la salud pública y la alimentación fue, sin duda, la concerniente al caso de las "vacas locas", que constituye en realidad la culminación de un proceso.

Existen varios ejemplos de casos en que los países de la comunidad europea empezaron a invocar el principio de forma implícita, en razón de la importación de productos alimenticios. En Alemania, por ejemplo, el gobierno lo invocó para prohibir la entrada de cerveza con "aditivos" (Ley alemana sobre la pureza de la cerveza) alegando que el efecto podía ser nocivo para salud. Una situación similar se presentó en Noruega donde las autoridades gubernamentales rechazaron la entrada de cereales Kellogg's "enriquecidos con hierro", justificando la medida en la "necesidad de proteger la salud pública", dado que existía incertidumbre en relación con los efectos sanitarios de los alimentos fortificados.

Finalmente, la autoridad comunitaria estimó que si bien los países miembros tienen el poder de fijar el grado de protección a la salud en caso de vacío legal y en caso de incertidumbre científica, no es menos cierto que este poder está sometido

a las exigencias de la libre circulación de mercancías y el respeto de los principios de proporcionalidad, no-discriminación, transparencia y coherencia.

Esto significa que si bien el principio de precaución puede invocarse válidamente en el sector de los alimentos, cuando un Estado invoca la "precaución" para evitar la actividad económica de otro en aras de proteger la salud pública, debe basar dicha medida en pruebas al menos indiciarias sobre la sospecha de un riesgo importante para la salud pública: "*Una aplicación correcta del principio supone, en primer lugar, una identificación de las consecuencias negativas potenciales para la salud; en el caso concreto, de las consecuencias de una fortificación propuesta; y en segundo lugar, una evaluación completa del riesgo para la salud, basado en informaciones científicas recientes*"¹².

Así, la invocación del principio de precaución debe estar basada en una "evaluación del riesgo, apoyada en una información suficientemente fiable y sólida"¹³.

En Francia, a pesar del hecho de que este principio se invoca en la Constitución en forma limitada al medio ambiente, la extensión de su aplicación a otros campos se ha hecho necesaria debido a las circunstancias actuales del desarrollo científico y técnico, ya que éstas han creado la necesidad de una protección *ex ante* de la vida, que conlleva a proteger no sólo el medio ambiente sino también la salud pública.

De esta forma, su papel se expresa en la toma de conciencia de que nuestro "poder" excede, las más de las veces, nuestro "saber", y que frente a peligros potenciales desconocidos, más vale ser prudente que causar un daño irremediable.

Comprendemos entonces por qué la precaución comienza a propagarse y a influenciar otros campos en los cuales los intereses son tan importantes para la vida humana, como son: el de los medicamentos, el de los procedimientos médicos (bioética), el de la nanotecnología, y el relativo a los organismos genéticamente modificados (OGM).

Como lo habíamos mencionado, el caso que hizo formal la extensión de la aplicación de este principio al campo de la salud pública, es el denominado "caso de las vacas locas", cuyos hechos pueden resumirse de la siguiente manera: en los años 70 la industria frigorífica de Inglaterra decidió, con el objeto de reducir costos, cambiar la alimentación de estos animales para suministrarles harinas de origen animal (lo que es contrario a su naturaleza herbívora). Esta alimentación causó en las vacas una enfermedad degenerativa del sistema nervioso, la cual se transmite al hombre por el consumo de su carne. Sin embargo, antes de establecer científicamente el nexo de causalidad, se tomó como medida la de frenar el suministro

12 Corte AELE, 5 de abril de 2001, EFTA Surveillance Authority/Norvège, E-3/00, EFTA Cour report, p. 73. "*Une application correcte du principe suppose premièrement, une identification des conséquences négatives potentielles pour la santé résultant, en l'espèce, d'une fortification proposée et, deuxièmement, une évaluation complète du risque pour la santé basée sur les informations scientifiques les plus récentes*".

13 A. ALEMANNI, *Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires. Dossier principe de précaution*, D. 2007, 1527.

de esta carne para el consumo humano; posteriormente se demostró en efecto el nexo causa-efecto.

La jurisprudencia de la Comisión Europea definió allí la precaución como "un principio de aplicación general que debe ser tenido en cuenta, sobre todo en los casos de protección al medio ambiente y de protección de la salud humana, animal y vegetal"¹⁴.

A partir de este momento empezamos a tomar conciencia de que las nuevas tecnologías y técnicas no son siempre benéficas para la naturaleza ni, en consecuencia, para el hombre; de donde resulta necesario sostener que los procesos naturales deben respetarse, y que ello impone además una responsabilidad moral a la industria.

B. La aplicación del principio de precaución en la responsabilidad civil

A propósito de la influencia del principio de precaución en materia de responsabilidad civil, podemos analizar varias posibilidades.

Algunos podrían pensar de forma refleja en el "daño evitable", es decir, en una acción de precaución, en una actuación *ex ante*, que procedería frente a aquella situación en la cual existe una amenaza o una sospecha de que un daño pueda ocurrir (A).

Otra situación más próxima al esquema actual de la responsabilidad civil es estimar la posibilidad de imputar la responsabilidad de un daño ya causado gracias al principio de precaución, que sería un amplificador de la "culpa" o, más concretamente, de la obligación de prudencia (B).

1. Acción de precaución o de daño evitable

Teniendo en cuenta que el principio de precaución protege solamente intereses esenciales, como la vida (humana, animal y vegetal), la salud y el medio ambiente, su influencia en la responsabilidad civil resulta ventajosa en la medida en que trata de "anticipar el daño". Sin embargo, como lo decíamos antes, no se trata de desnaturalizar la función "curativa" de la responsabilidad, la cual continúa siendo un aspecto esencial para la sociedad, sino de ampliar el espectro de su actuación.

La responsabilidad civil busca esencialmente la "reparación", pero la evolución hacia los campos de la precaución y la prevención se hace cada día más necesaria. Cada vez con mayor frecuencia se presentan casos en los cuales es posible actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable.

14 *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, 2 février. 2000, COM (2000) 1 final, 9.

En cuanto a una actuación *ex ante* de la responsabilidad civil, hay quienes piensan que la simple amenaza o la simple creación de un riesgo debe asimilarse a un daño indemnizable; mientras que otros, menos radicales, piensan que estas situaciones de amenaza o riesgo deben ser tratadas de otra forma por el juez civil, quien, habilitado para actuar en este estado del conflicto, debe tomar medidas a fin de evitar el daño, protegiendo así intereses esenciales para la conservación de la armonía social.

Un ejemplo de la aplicación de la precaución *ex ante* por parte de la jurisprudencia francesa lo constituye el de las antenas utilizadas por las empresas de telefonía móvil celular. Se alude específicamente a la decisión rendida el 8 de junio de 2004 por la Corte de Apelación de Aix-en-Provence, en la cual un grupo de personas solicitaba al juez que ordenara a la compañía de telefonía el desplazamiento de una antena debido a los *posibles efectos dañinos* de las ondas que las mismas irradian sobre las personas que se encuentran cerca.

La solicitud de la demanda tuvo como fundamento el artículo 544 del *Code Civil* francés, que consagra el derecho a la propiedad, el cual es protegido frente a "los inconvenientes anormales de vecindad" (*troubles de voisinage*), es decir, frente al hecho de la perturbación anormal de la propiedad. La compañía demandada argumentó en su defensa que no existía seguridad científica respecto de los riesgos que tal instalación podía generar a la salud humana. Por su lado, la parte demandante no probó la existencia de una perturbación, y aún menos de una perturbación "anormal", aspecto necesario para conseguir la orden de desplazamiento de la antena; sin embargo, y a pesar del veraz argumento de la demandada, el juez estimó que la simple sospecha de la existencia de un riesgo de causar daño a la salud de las personas que están cerca de la antena, debido a las ondas que ésta despide, era suficiente para declarar responsable a su operador. Argumento éste ajeno a la teoría de las "perturbaciones de vecindad" y próximo más bien al principio de precaución, pero que el juez asimiló para darle validez.

Al respecto MAZEAUD comenta: "*La lección de esta decisión es particularmente estimulante: a pesar de la incertidumbre científica que existe sobre el riesgo de causar un daño engendrado por una actividad comercial e industrial, la simple prueba aportada por la víctima de la ausencia de garantía de la inexistencia del riesgo en cuestión, es suficiente, en razón de la gravedad potencial que entrañaría su realización para la salud de las personas que están expuestas a la irradiación de la antena ... convendría admitir que la responsabilidad civil no tiene por función solamente la reparación de daños ya causados, sino también la prevención de daños, de los cuales su gravedad y su irreversibilidad imponen que se pueda poner todo en marcha para impedir su realización. En esta perspectiva, convendría entonces desplazar el centro de gravedad de la responsabilidad civil; del daño cierto, pasaríamos así al simple riesgo (incierto) del daño*"¹⁵.

15 D. 2005, 186.

Esta acción de precaución cuenta con dos características importantes: de un lado, se refiere sólo al daño evitable, y del otro, puede ser ejercida ante el juez civil de forma individual o colectiva.

a. El daño evitable

Amenaza, daño contingente, riesgo, duda o incertidumbre respecto de la ocurrencia de un daño, son las situaciones que podrían describir la existencia de un daño evitable.

A riesgo de repetir, debe decirse que actualmente la sociedad se encuentra frente a adelantos tecnológicos y científicos que demandan una actitud de precaución; esta forma de actuar es una necesidad frente al ritmo del "progreso" y a las incertidumbres que éste genera.

Sin embargo, debemos insistir sobre la idea de que una situación de "riesgo cero" no existe, pues el riesgo es algo inherente a la vida misma. En consecuencia, la aplicación del principio de precaución no debe frenar el progreso, pues, aunque pareciera existir una contradicción entre su aplicación y el avance tecnológico, de lo que se trata en realidades de evitar daños que normalmente no deben ser soportados por la sociedad.

Por lo tanto, hacer una aplicación de este principio en circunstancias que realmente lo ameriten es un aspecto esencial. Es preciso subrayar que no se trata de evitar cualquier daño, sino sólo aquél que amenace intereses esenciales de forma grave e irreversible; esta magnitud del daño y/o del interés que se protege es importante.

Los intereses que protege el principio de precaución son aquellos que están íntimamente ligados con la vida misma. En otras palabras, teniendo en cuenta que este principio fue forjado para proteger el medio ambiente, su filosofía y su finalidad han sido siempre las de proteger aquellas circunstancias que hacen posible la existencia de la vida humana, animal y vegetal. Es por ello que su aplicación es posible sólo en caso de sospechar que un daño grave, que además podría ser definitivo, pueda acaecer.

Una aplicación injustificada del principio de precaución llevaría a tomar medidas sin resultados eficientes, pondría en marcha todo el sistema sin ningún motivo serio, lo que tendría resultados negativos para todos; de un lado, podría privar a la sociedad de un producto o técnica realmente útil y/o necesaria, al tiempo que limitaría a los agentes del mercado de percibir sus ganancias.

Sin embargo, si las medidas de precaución son adoptadas porque se sospecha seria y fundadamente sobre un riesgo, y finalmente se prueba que el riesgo era inexistente, la persona afectada, a pesar de los inconvenientes, habrá obtenido un valor agregado para su producto, pues a consecuencia de todo el proceso, éste contará con la certeza de ser "seguro" y, por ende, más competitivo; ventaja otorgada

por las pruebas a las que fue sometido durante el proceso de precaución del que fue objeto, lo que le dará confianza al consumidor o al destinatario del mismo.

b. Una acción colectiva o individual

La acción de precaución puede ser ejercida de forma individual o colectiva, por lo que la misma tendría que analizarse en comparación con las acciones de clase, las acciones de grupo e, incluso, con la acción de tutela, ya que en el caso de la ley colombiana si bien todas estas acciones pueden conducir a resultados similares, lo cierto es que su camino es diferente.

La forma de ejercer esta acción depende de los derechos que resulten amenazados, pues puede presentarse el caso en que el derecho sea el de una sola persona o, en cambio, el de toda una comunidad, como sucede por ejemplo, en el caso de la contaminación de aguas como resultado de un proceso comercial o industrial, que puede afectar la salud de los animales que habitan las mismas, de aquellos que la consumen, y/o de las personas que habitan cerca, o de aquellas a quienes les es suministrada.

2. Acción reparatoria o del daño causado, "refuerzo de la obligación de prudencia"

El principio de precaución podría, además, renovar el esquema de la responsabilidad tal y como lo conocemos actualmente, reforzando la noción de "culpa", que tendría que ser interpretada de forma más amplia, pues la precaución actuaría como un amplificador de la misma.

Esta forma de influencia de la precaución sobre la responsabilidad civil es aceptada como una posibilidad por la doctrina francesa. Al respecto, VINEY comenta: *"Abora bien, no parece para nada imposible que bajo la influencia del principio de precaución, el hecho de no haber tenido en cuenta un riesgo que no estaba totalmente identificado al momento en el cual el comportamiento del sujeto es apreciado, pero que reposaba en ese entonces en una hipótesis considerada como plausible por una parte significativa de la comunidad científica, sea cada vez con más frecuencia considerado como una falta de diligencia. Dicho en otros términos, la obligación de prevención, que está ya incluida en el deber de prudencia, es susceptible de verse reforzada bajo la influencia del principio de precaución¹⁶".*

Sin embargo, cuando consideramos la "culpa", hablamos no de principio de precaución sino de "estándar de precaución". Nos explicamos: la responsabilidad

16 *"Or, il ne paraît nullement impossible que, sous l'influence du principe de precaution, le fait ne pas avoir pas tenu compte d'un risque qui n'était pas totalement averé au moment où le comportement du sujet est apprécié, mais qui reposait alors sur une hypothèse considérée comme plausible par une partie significative de la communauté scientifique, soit de plus en plus souvent considéré comme une faute de negligence. Autrement dit, l'obligation de prévention qui est déjà commandée par le devoir de prudence est susceptible de se renforcer sous l'influence du principe de précaution".* D. 2007, 1542.

por culpa supone una valoración hecha por el juzgador, quien para poder determinar si el pretendido responsable actuó o no con la diligencia y la prudencia debidas, debe tener un parámetro de referencia para hacer una comparación objetiva; este parámetro es el que conocemos como el "buen padre de familia", que estaría entonces reforzado por el principio de precaución.

Si examinamos bien el concepto del principio de precaución, advertimos que incluso en ausencia de informaciones científicas concluyentes, el mismo aconseja tomar medidas para prevenir o impedir la realización de un riesgo, esto en el campo de la salud y del medio ambiente.

Vemos entonces que es difícil reducir el principio de precaución a un estándar, ya que él comprende no sólo una forma de actuar, sino que obliga a tomar en cuenta otras circunstancias, como la información científica, las medidas de prevención y el riesgo sospechado. El principio de precaución constituye entonces una verdadera regla jurídica que, más allá de una conducta de precaución, impone el deber de impedir la realización de ciertos riesgos, mediante la implementación de medidas adecuadas y teniendo siempre en cuenta el nivel de certeza científica¹⁷.

En el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, por ejemplo, la evaluación retrospectiva que el juez debe hacer, no es para reprochar al productor el no haber podido anticipar los riesgos basado en conocimientos no disponibles (o no existentes) al momento de la comercialización de un producto. De lo que se trata es de que el juez evalúe el cumplimiento de las obligaciones concernientes a la "adopción de un comportamiento conforme" a los conocimientos adquiridos por la ciencia, incluso respecto de aquellos aún inciertos, a fin de evitar daños graves¹⁸.

En el caso de los fabricantes, varias circunstancias deben constatare para demostrar que el productor cometió una falta de precaución. La víctima que invoca una falta de precaución debe probar que al momento de la puesta en circulación del producto existían "indicios serios" que indicaban la existencia de dudas respecto de, por ejemplo, los efectos secundarios de un medicamento, o del efecto nocivo de sustancias contenidas en un producto.

La víctima debe entonces demostrar que existía una hipótesis válida sobre la existencia de un riesgo, incluso si ésta no estaba formalmente demostrada. Para lograrlo, es necesario tener plena certeza de los conocimientos que la comunidad científica tenía disponibles al momento de la comercialización del producto, e incluso, de las advertencias aisladas de riesgos, que el fabricante está obligado a conocer. El juez debe tener en cuenta esta información, que le servirá como parte de la referencia necesaria para valorar la conducta del demandado.

17 M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, 2005, LGDJ, No. 893.

18 "Au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, le devoir général de prudence de l'homme raisonnable devient alors plus rigoureux...". M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, cit., No. 893.

Como resultado de la valoración de la información sobre los conocimientos científicos, debe encontrarse una "duda" o una "incertidumbre" fundada, en cuanto a la existencia de un riesgo al momento de la puesta en circulación del producto, y establecerse que a pesar de esa "duda", el fabricante puso el producto en el mercado sin tomar ninguna medida para evaluar los efectos del producto y evitar así un daño.

Un ejemplo en este sentido lo constituye el de la ya citada "hormona de crecimiento", un medicamento creado y comercializado en Francia¹⁹, sobre el cual un especialista había realizado un informe que afirmaba que el tratamiento no contaba con un procedimiento adecuado, lo cual conllevaba riesgos para el receptor. Tales advertencias y recomendaciones fueron desatendidas, el riesgo se materializó, y cobró la vida de varios menores²⁰.

Otro ejemplo es el del medicamento *Distilbène*, el cual ilustra también la aplicación del principio de precaución. Este medicamento, prescrito en los años 70 a las mujeres embarazadas para evitar abortos, es el origen del cáncer de algunos de los embriones expuestos al mismo por el consumo prescrito a la madre. En este caso la Corte evaluó el comportamiento del laboratorio en función de la evolución de los conocimientos científicos, y estimó que los adelantos científicos disponibles a partir de 1971 habrían debido "conducir a la sociedad UCB Pharma a cesar la distribución de *Distilbène* para su uso durante el embarazo". La Corte de Casación reprochó al laboratorio farmacéutico haber faltado a su deber de vigilancia, por no haber tomado las medidas necesarias frente a las dudas existentes sobre la nocividad del medicamento, dudas éstas que estaban contenidas en la literatura médico-científica; lo que la llevó a concluir que "la sociedad UCB Pharma mantuvo de forma culposa la distribución destinada a las mujeres embarazadas".

La valoración que la Corte realizó del comportamiento que habría debido adoptar el laboratorio, nos conduce a la distinción que hicimos con precedencia entre la obligación de prevención y la obligación de precaución²¹.

19 Ver *supra* nota 6.

20 Extracto de la decisión: "Teniendo en cuenta que el informe de M. Montagnier había resaltado, desde 1980, la necesidad imperativa de tomar todas las precauciones en la extracción, purificación y composición de las hormonas de crecimiento y que, a pesar de este informe, las precauciones recomendadas no fueron implementadas, la Corte puede deducir de este hecho la existencia de un nexo de causalidad cierto y directo, entre las faltas de prudencia imputadas al Instituto Pasteur y el daño de contaminación sufrido por la menor Pascale Y..., además, contrariamente a lo dicho en el recurso de reposición, la decisión atacada por éste, pone en relieve que, el 14 de mayo de 1985, la decisión de aplicar el tratamiento mediante la hormona extraída, había sido tomada de común acuerdo por la Asociación France Hypophyse y el Instituto Pasteur... constataciones de las cuales el juez pudo razonablemente deducir que existían presunciones graves, precisas y concordantes de la imputabilidad de la enfermedad de Creutzfeldt Jacob a la hormona de crecimiento suministrada por la Asociación France Hypophyse".

21 "Lorsqu'un risque est connu et identifié sur le plan scientifique, il s'agit en effet de prévention. En revanche, lorsque les risques ne sont pas certains, mais simplement probables, ou en tout cas non exclus, alors il s'agit de précaution".

A propósito de ésta última, la jurisprudencia en mención hizo un aporte significativo, consistente en señalar que el productor o fabricante, en el período que precede a la demostración científica de los efectos secundarios de un producto, que corresponde en realidad a una fase de dudas sobre su carácter nocivo, no debe quedarse inactivo, sino que debe vigilar la eficacia del producto, y estar listo para retirarlo en caso de que un riesgo se revele y surjan dudas sobre su nocividad.

Así, la admisión de una "culpa de precaución" contribuiría a incrementar los deberes impuestos a los profesionales por sus actividades o por los productos que fabrican. En efecto, incumbe a los productores que se encuentran en posición de duda respecto de los efectos del uso de sus productos o técnicas, tomar las medidas y disposiciones (investigación, alerta, seguimiento, retiro de productos, etc.) a fin de prevenir la realización de amenazas a la salud, potencialmente graves e irreversibles.