

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Javier Tamayo Jaramillo

tamajillo@hotmail.com

In memoriam: en la programación inicial de este congreso habíamos previsto el profesor Juan Carlos Henao y yo compartir un panel sobre el principio de precaución. Hoy debía sentarme a su lado, pero ya no está y siento el dolor de la soledad por no tener al inmejorable contradictor racional y conocedor de los temas que nos eran comunes. Cuando él ejercía como magistrado de la Corte Constitucional y yo publicaba artículos y libros contra el derecho de los jueces y el creacionismo incontrolado del alto tribunal, tuvimos agrios y duros debates. Y, para cuidar esa amistad intocable, abandonábamos de común acuerdo, la discusión cuando la emoción reemplazaba la razón y, después, nos encontrábamos como si nunca hubiésemos discutido.

Sobre todo, extraño la bonhomía y el buen sentido del humor del intelectual hedonista y leal. Al tratarlo uno quedaba con la sensación de que la vida era una experiencia fácil y grata.

Introducción

1. En tratándose de los avances contemporáneos de la responsabilidad civil, algunos han predicado que tanto el principio de prevención como el principio de precaución hacen parte de dicha responsabilidad. Tales son los presuntos avances que se predicán de la responsabilidad civil contemporánea.
2. El tema, cuando uno se sumerge en sus alcances y doctrinas, es inabarcable, por decir lo menos, sobre todo cuando el tiempo disponible, dadas las circunstancias del evento, lo único que permite es

plantear, en pequeñas píldoras, algunos problemas y acaso, proponer una que otra solución.

3. En lo que se refiere al principio de precaución, es necesario advertir que no es posible una solución pacífica, ya que el tema está enormemente cargado de posiciones ideológicas, pues mientras algunos proponen y exigen un cumplimiento estricto del mismo, otros consideran que el desarrollo y el avance de la sociedad no pueden prescindir de la creación prudente de actividades necesarias para el bienestar de la sociedad, pese a la incertidumbre causal entre la conducta del agente y los potenciales daños que puedan surgir de la misma.
4. Y para completar, según la sentencia 57819, del Consejo de Estado del 7 de julio de 2007, un autor encontró 19 versiones del principio de precaución. Como será de inasible el asunto que la citada sentencia halló cinco interpretaciones diferentes de la Corte Constitucional sobre dicho principio, lo que, me parece, hará imposible, en la práctica, elaborar un precedente obligatorio y pacífico.
5. **Definición del principio de precaución e indemnización por el incumplimiento de dicho principio.** Entrando en materia porque el tiempo acosa, hay que observar que una cosa es el estudio de la indemnización de perjuicios por haber prosperado una acción judicial por el incumplimiento del principio precaución.
6. Y otra es el análisis del alcance o consistencia del citado principio.
7. Es decir:
 - a) si se trata de una institución que pertenece al universo de la responsabilidad civil o,

b) si se trata de un deber de prudencia anterior a dicha disciplina, que busca proteger bienes colectivos.

8. En estas breves páginas buscaré, sobre todo, averiguar en qué consiste, el principio de precaución y sus alcances jurídicos. Si queda tiempo, luego analizaré la responsabilidad civil por daños sufridos por un tercero con una actividad acusada de violar el principio de precaución, pero sin que se pruebe que hubo relación de causalidad entre dicha actividad y el perjuicio alegado.

9. Así las cosas, debemos buscar:

a) si la precaución significa la prohibición total o temporal de una conducta que no se sabe, científicamente, si es dañina o no;

b) o si, en presencia de actividades que pretenden ventajas en el futuro para la sociedad, que, aparentemente, comportan el peligro de ser dañinas, pero sin que haya certeza científica de que ese peligro se convertirá en un daño, dichas actividades son lícitas, pero obligan a tomar medidas e investigaciones prudentes y diligentes para descubrir algún riesgo real que amerite otras investigaciones o la toma de medidas preventivas; en último caso, también podrá prohibir la ejecución de las actividades previstas.

10. Frente a ese dilema, observo que la prohibición estricta del principio de precaución, es imposible, como lo prueba la vida práctica: imaginemos los riesgos posibles de la inteligencia artificial, de los riesgos de vehículos eléctricos a base de litio, de la búsqueda urgente de un remedio para determinada enfermedad incurable hasta el momento, de la aplicación de una terapia en investigación como último remedio para salvar la vida

de una persona, la ausencia de petróleo y de gas, salvo que se exploten los yacimientos existentes. Finalmente, los posibles daños psicológicos y de cohesión social que pueden causar las redes sociales.

11. En todos esos casos, la precaución absoluta, es paralizante de la vida en sociedad, pues el riesgo cero es imposible. La prohibición absoluta de una actividad riesgosa que probablemente pueda causar daño a terceros, es un riesgo en sí mismo. Si los esposos Currie, Pasteur, Edison, Tesla, Fleming o los hermanos Wright, se hubiesen abstenido de correr el riesgo con sus investigaciones, estaríamos en un mundo imposible, pues no tendríamos vacunas, energía eléctrica, antibióticos, o aviación.

12. Ejemplo legal de esta apreciación la encontramos en el denominado riesgo de desarrollo, que consiste en una causal de exoneración en la responsabilidad objetiva por productos defectuosos cuando existe un defecto imposible de descubrir al momento de su puesta en circulación, autorizada por el Estado.

En ese sentido, el artículo 22 del Estatuto del Consumidor establece que:

Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por productos defectuosos las siguientes:

(...)

6. Cuando en el momento en el que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos no permitían descubrir la existencia del defecto.

Es decir, esta norma muestra que el principio de precaución no es categórico y absoluto y que, por lo tanto, el principio de precaución no es absoluto y que hay que analizar caso por caso.

13.Soluciones ideológicas irreconciliables. Como dije, este es un problema de soluciones ideológicas irreconciliables. Expongo el problema y propongo una solución sin la pretensión de que ustedes acepten lo que afirmo. Por tal razón, es indispensable que yo defina mi posición filosófica sobre la hermenéutica jurídica para justificar la posición que adopte. Así las cosas, afirmo que durante más de veinte años he defendido y sigo defendiendo mi adhesión a las doctrinas de la social democracia, dentro de un estado social de derecho y de bienestar, con la división de poderes, el pluralismo partidista, el principio de legalidad, y la independencia de los jueces sometidos al imperio de la ley, sin perjuicio de una interpretación creativa, pero respetando el núcleo duro de lo que quiso el legislador, tal y conforme lo defienden autores como Hart, Habermas, Bobbio y Alexy, entre muchos otros.

14. Pese a que así lo he manifestado en varios de mis libros y artículos escritos en los últimos 20 años, se me tilda de reaccionario por los que no los han leído, que son casi todos, solo por exigir que en la hermenéutica no se puede dejar de lado el derecho positivo vigente, no siempre formalista, que le abra campo a la equidad en caso de una norma abiertamente injusta, a los principios generales del derecho y a la teleología de las normas, o a la creación del juez en caso de vacío legal, en lugar de abrirle campo incontrolado a la aplicación de la moral, pero a la moral de la ideología imperante o buscada, política o religiosa.

15. Ejemplo de la dificultad del tema que ahora nos convoca. Un ejemplo real de la dificultad de asir conceptualmente, el principio de precaución, lo hallamos en el famoso caso de las “vacas locas”. En efecto, hace algunos años, los potreros de ganado vacuno, en Inglaterra, se convirtieron en un infierno porque los animales se enloquecían por un virus desconocido, lo que arrojó muchos daños, y el riesgo de que avanzara sobre todo el país.

Para que la enfermedad no se esparciera por toda Europa, las autoridades ordenaron a los propietarios de ganaderías cercanas, sacrificar todos sus animales, ya que si bien no estaban contagiados, era posible, aunque no cierto, que lo estuvieran prontamente, multiplicando los daños. Efectivamente todos esos hatos fueron sacrificados, pero vino un problema: ¿quién corría con las pérdidas de dichos animales? ¿ El Estado o los propietarios de los animales?

Lamentablemente, me quedan diez minutos y, por lo tanto, no podemos, ahora, resolver ese dilema.

16. Plan. Así las cosas, inicialmente, distinguiré entre el principio de prevención **(I)** y el principio de precaución **(II)**; luego analizaré como el principio de precaución es un principio de optimización **(III)**; finalmente, veremos las dificultades para lograr una indemnización individual por daños causados por violación del principio de precaución **(IV)**.

Desarrollo

I

El principio de prevención.

17. Sin duda alguna, el principio de prevención es una institución ligada esencialmente a la responsabilidad civil.

Consiste en que cuando hay un daño inminente que todavía no se ha materializado o consolidado, pero cuya cadena causal, de no tomarse medidas inmediatas, desembocará finalmente, en un daño. Se trata de evitar un daño futuro.

18. Si las medidas de prevención las toma el causante del daño inminente, estamos frente a una supresión del ilícito; y si las toma la víctima potencial, ella habrá sufrido un menoscabo económico o extra patrimonial, que podrá ser cobrado a título de indemnización. En uno y otro caso, el valor de la reparación del peligro inminente no es más que la indemnización de un daño que se veía venir como consecuencia de la conducta del demandado.

19. En Colombia, los artículos 1005 y 2359 del Código civil, y la ley 472 de 1998, consagran el principio de prevención.

Pero la ley 472, creo que por olvido del legislador, solo consagra el principio de prevención para las acciones populares, más no para las acciones de grupo. En consecuencia, cada víctima deberá cobrar sus daños mediante una acción por daño contingente establecida en el artículo 2359 del código civil.

Como positivista tipo HART, sugiero que un buen juez, sin faltar al principio de legalidad, acepte aplicar, por analogía, la acción de grupo a las demandas por prevención de un daño individual inminente, cuando haya un número de 20 personas o más que puedan verse afectadas por ese mismo hecho.

II

El principio de precaución

20.Definición: En aras de la claridad y de mi agradecimiento por el Maestro, me arrogo el descaro de reproducir aquí las siguientes ideas del profesor PHILIPPE LE TOURNEAU, sobre la esencia del principio de precaución y su diferencia con el principio de prevención, las cuales comparto plenamente:

“El principio de precaución tiene una visión mucho más amplia que el deber tradicional de prevención (que conserva un amplio lugar en el derecho de la responsabilidad). Mientras que el principio de prevención reposa sobre una marcha racional fundada sobre un riesgo, claramente conocido, pudiendo ser evaluado y prevenido, el de precaución descansa sobre riesgos hipotéticos e inverificables. El de precaución tiende a instaurar una “responsabilidad en beneficio de la duda a cargo de todos los que no han adoptado una conducta apropiada en la perspectiva de anticipar, de prevenir los simples riesgos susceptibles de daño que amenazan el futuro de nuestra civilización¹”.

¹ En ese sentido, Le Tourneau PH., *Traite de la responsabilite civile et des contrats*, Edit. Dalloz, 13^a. ed., n. 0111.32, París, 2024.

21.Dicho lo anterior, afirmo, desde ya, que, si aplicamos con todo rigor el principio de precaución hasta prohibir o condicionar en exceso una actividad, de riesgos inciertos, la responsabilidad nada tiene que hacer. El único perdedor es el emprendedor, pues nadie más sufrió daño. Es decir, la responsabilidad no ha nacido. Y si esa actividad, se pone en marcha, y coincide con un daño público o privado, no habrá responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad y la ausencia de prudencia en las investigaciones para descubrir y eliminar los riesgos de la actividad².

En el fondo, se trata del incumplimiento culposo por omisión del deber de prevención. Pero ese deber de prudencia y precaución no puede ser llevado hacia la obtención del riesgo cero, y cueste lo que cueste, pues de ser así, la humanidad se paralizaría. En consecuencia, no se debería prohibir un emprendimiento de resultados inciertos, si el agente realizó estudios e investigaciones científicas y prudentes para descubrir y corregir los defectos, riesgos y peligros de los productos o servicios del emprendimiento. Todo sin perjuicio de que, frente a riesgos graves y preponderantemente dañinos, sea indispensable prohibir o retardar la actividad examinada.

Lo dicho en este número no significa que yo defienda el negacionismo de los efectos catastróficos del calentamiento global. Este es real y catastrófico. Lo que defiendo es la no demonización de ciertas actividades que son esencialmente necesarias para la supervivencia y la libertad humanas, y que las necesidades de la población de un país,

² Viney- Jourdain, *Les effets de la responsabilite civile*, LGDJ, 4^a. ed., Issy les moulineaux, 2017, n. 25.

requieran las ventajas de esa actividad, razonablemente autorizada. Todo dentro de un juicio de proporcionalidad y precaución.

22.El principio de precaución no hace parte de la responsabilidad civil. Si

los jueces prohíben una actividad o condenan a indemnizar un daño, sin que exista la prueba del nexo causal, bajo el argumento de que el principio de precaución hace parte de la responsabilidad civil, se está paralizando la libertad de acción en perjuicio de la humanidad, o condenando a alguien con base en una responsabilidad sin víctima, sin culpa, sin perjuicio y sin nexo de causalidad³. La causa extraña ha de ser causal de exoneración aún en las responsabilidades objetivas. Si tomamos esa vía nos desviaremos hacia el principio constitucional de solidaridad, pero esta vez a costa de los particulares. No será necesario un juicio de reproche subjetivo del demandado.

Sobre la no inclusión del principio de precaución dentro de la responsabilidad recomiendo la extraordinaria tesis de JEROME TRAVARD, titulada *“La victime et l’évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle”*⁴.

23.A menudo se condena a nombre del principio de precaución, pero en el fondo, lo que hay es falta de prevención. En un análisis serio de la jurisprudencia se puede detectar que muchas condenas basadas en el principio de precaución, realmente, se apoyan en la violación del

³ Le Tourneau, ob. cit., n.0111.32; Sobre la evolución doctrinal en favor de la inclusión de la precaución en la responsabilidad civil, ver VINEY-JOURDAIN, ob. cit. n. 25; sobre la evolución no pacífica de la Corte de Casación Francesa en relación con dicha tesis ver los mismos autores, ob., cit., n. 25.

⁴ JEROME TRAVARD, Ob. cit., edit. MARE Y MARTIN, Paris, 2013, p. 782 s.s.

principio de prevención, o absuelven por falta de nexo causal⁵. Así lo aceptan muchos autores⁶.

Además, porque, aún los más férreos defensores de la solución estricta, terminan aceptando excepciones cuando la realidad de nuestras necesidades imponen la ejecución de actividades necesarias pero de consecuencias inciertas.

24. La aplicación, cueste lo que cueste, obedece a una ideología pesimista

y retardataria. Aceptar la interpretación categórica y estricta del principio de precaución, constituye una solución imposible en la práctica. Esa visión tendiente al riesgo cero, en defensa sobre todo, del medio ambiente, es la consecuencia de una ideología securitaria y pesimista en exceso, lo que arriesga el porvenir de la humanidad.

Llamemos nuevamente al profesor LE TOURNEAU, y escuchemos su opinión al respecto: el principio de precaución, llevado al extremo *“tiende a convertirse en una ideología política pesimista, de miedo irrazonable y de pasión desordenada, invadiendo al mundo de las*

⁵ Travard, ob. cit., p. 786.

⁶ Jerome Travard, p.789; Le Tourneau: ob. cit., n. 0111.34. **Principio de precaución y prudencia.** Si consideramos el principio de precaución doctrinalmente, por fuera de los textos legales que lo consagran como fuente de responsabilidad civil, podemos afirmar que dicho principio solo es la exigencia de una prudencia especial frente al manejo de un riesgo incierto. Las medidas que él inspira deberían ser proporcionadas y provisionales según la etimología, el prudente ve por adelantado, es decir que él es previsorio.

Adicionalmente, el autor, (ob. cit., n. 0111.33) afirma lo siguiente: **“Refuerzo de la función preventiva por la emergencia del principio de precaución.** El principio de precaución aparecido en Alemania tiende a extenderse por todas partes como elemento inamovible del pensamiento único dominante, más allá de los textos que lo han adoptado, directamente o indirectamente; **pero sin que su contenido sea siempre consistente de suerte que da a menudo la apariencia de ser confuso y oscuro.** Su emergencia acusa esta función preventiva, bajo sus dos aspectos”.

imágenes donde predomina la emoción y con ella la parálisis, una ecología del pánico, asociado al mito totalitario “del crecimiento cero”, inclusive un litigante por el decrecimiento y el anticapitalismo primario⁷”.

25. Contradicciones del principio categórico de precaución. Prueba de lo anterior es que, aún los partidarios extremos del principio rígido de precaución, son incapaces de ser coherentes con su ideología política en el devenir de sus vidas. ¿Cuántos partidarios del riesgo cero defienden la prohibición de la tecnología informática, dado el nivel de adicción y de daños para la salud mental?

Recuerdo, cuando se prohibió la fumigación de los sembrados de coca debido al riesgo del Glifosfato, así todavía fuera discutible la relación causal entre dicho producto y la destrucción de los bosques nativos. La galería aplaudió, y hoy, los cultivadores de coca han destruido más hectáreas de bosque que las que habría destruido la fumigación. Y los daños que hoy sufren la sociedad colombiana y la humanidad entera, con el aumento de la producción, tráfico y consumo de coca, superan con creces infinitas, los daños que pudieron sufrir pobladores vecinos de los bosques devastados por la coca.

Y para más incoherencias, tengo entendido que los cultivos de palma, banano y café, son fumigados con productos químicos iguales de inseguros, sin que nadie se oponga.

En ese sentido, la ya citada sentencia 57819, del Consejo de Estado considera que, muchas veces, es necesario arriesgar algunos bienes

⁷ Le tourneau, ob. cit., n. 0111.34.

personales o materiales, en aras de una actividad que sea más beneficiosa para la humanidad.

Al respecto, el fallo considera:

“(...) cuando por ejemplo, el retraso para la autorización sanitaria de un medicamento bajo el enfoque altamente precautorio, si bien podría proteger a las personas contra los eventuales daños no probados plenamente, evitaría que ellas reciban los potenciales beneficios de ese medicamento, incluso, en términos de vidas.”

III

Propuesta de solución

La precaución como un principio de optimización

26.Planteamiento del problema. Como hemos visto, son tantas y tantas las hipótesis que dan lugar a la interpretación del contenido del principio de precaución, que, en la práctica, es imposible establecer una norma que regule y comprenda la totalidad de hipótesis, pues la solución que uno encuentre racional en un caso concreto, aparece como totalmente absurda en otro litigio. Pero, no por ello, el principio de precaución debe desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se le entienda como elemento de la responsabilidad civil. En consecuencia, debemos buscar una interpretación lógica y compatible con la Constitución y el principio de legalidad.

En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia francesa y, posteriormente, la colombiana, han venido desarrollando una solución

que, a mí, personalmente, me satisface. Al respecto, la sentencia 57819 del Consejo de Estado, al comentar otro fallo de la Corte Constitucional que estudió la exequibilidad del principio de precaución establecido en la ley 99 de 1993, consideró lo siguiente:

“De esta forma, el principio de precaución corresponde a un verdadero mandato de optimización, en tanto ordena que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas (circunstancias de cada hecho) y jurídicas, de manera que su aplicación deberá ser ponderada y definida en cada caso atendiendo a los hechos, las reglas aplicables y los principios opuestos”.

Suponemos que, por razones de espacio, la citada sentencia no explicó los alcances del concepto *“Principio de optimización”*, que pertenece a la hermenéutica de los principios jurídicos.

27.Principios y reglas de derecho. Los principios, sobre todo los constitucionales, son normas abiertas que, aunque se redactan en forma categórica, lo cierto es que necesariamente, deben ser desarrollados por restricciones de rango inferior, a condición de que, dicha restricción no aniquile totalmente o casi, el principio restringido. Por ejemplo, el código penal contiene un conjunto de restricciones al principio de libertad en cada tipo penal concreto.

Ello es necesario, porque si las restricciones no existieran, la vida en sociedad sería imposible. Por lo tanto, desconfíen de aquellos que en una discusión jurídica sobre un caso concreto, aleguen en su favor, la redacción categórica de un principio constitucional.

Los principios son, pues, normas maleables, adaptables a cada situación jurídica y fáctica, cuando hay conflicto con otros principios o derechos. Por ello decimos que se trata de principios de optimización⁸. Las restricciones de esos principios constitucionales o legales, son normas que la filosofía constitucional denomina como “reglas” de derecho⁹ (no confundir con reglas y normas de derecho en la teoría pura de Kelsen). Como dije, los principios pueden ser constitucionales o legales.

El principio de precaución, pese a su redacción categórica, es una especie de sombrilla, que establece una institución teleológica aplicable, *en principio*, a conductas aparentemente peligrosas de potenciales daños, así no se haya establecido científicamente, la relación de causalidad, entre esa actividad y los potenciales daños. Pero ese principio solo se vuelve derecho vivo mediante restricciones establecidas en normas legales o decisiones jurisprudenciales (restricciones o reglas).

28. Así las cosas, el principio de precaución debe tener en cuenta circunstancias sociales, económicas, telúricas, climáticas, poblacionales y de salud, de forma tal, que, una decisión que busque proteger un derecho o principio constitucional, no genere un daño a otros principios. Es aquí donde se ve, la importancia y necesidad de la ponderación y la proporcionalidad. Así se evitará la gestión mediante los ideales de una determinada ideología. La argumentación de Alexy es una herramienta útil para lograr ese cometido.

⁸⁸ Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Leganés, 2002, p.86.

⁹ Alexy, ob. cit., p.87.

Finalmente, mientras no se ponga en grave riesgo conocido a la sociedad y al medio ambiente, con una actividad pública o privada, el juez no debería prohibir el desarrollo de investigaciones, sobre todo, si el fin perseguido, es necesario para el bienestar de la humanidad. Todo sin perjuicio de la exigencia de medidas razonables que busquen descubrir la relación causalidad o la ausencia de esta, para, en esa forma, prevenir los peligros.

IV

La indemnización de perjuicios por incumplimiento del principio de precaución

29.Planteamiento del problema

Pero si bien, el principio de precaución, casi nunca, ha sido admitido expresamente por la jurisprudencia en la esfera de la responsabilidad civil, de todas formas, ha admitido, en la jurisprudencia el aligeramiento de la prueba de la causalidad en ciertas oportunidades¹⁰. Pero como afirman VINEY Y JOURDAIN¹¹, el futuro de una jurisprudencia pacífica sobre el tema es muy incierto, y solo por vía de excepción algunas sentencias solo se limitan a exigir medidas de vigilancia y dictámenes científicos sobre los riesgos y soluciones de la actividad en causa.

Pero, en lo que se refiere a demandas indemnizatorias en las que se reclaman daños y perjuicios individuales por el incumplimiento del

¹⁰ Viney- Jourdain, ob. cit., n. 25

¹¹ Viney- Jourdain, ob. cit., n. 25.

principio de precaución, las sentencias escasean. En efecto, la Corte de Versalles, en el año 2002, sin referirse a la violación del principio de precaución, condenó a un laboratorio farmacéutico por el suministro de un medicamento llamado *Distilbene*, apto para mujeres embarazadas, que parieron hijas que luego tuvieron hijas que desarrollaron cáncer del útero¹². Los laboratorios alegaron falta de certeza del nexo de causalidad¹³. Sin embargo, la Corte condenó por falta de vigilancia, teniendo en cuenta, los riesgos de que ya se tenía conocimiento, pese a que no se había probado la certeza científica de que el medicamento era causante de esos daños.

Pero la jurisprudencia no ha sido pacífica, pues tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado carecen de una línea jurisprudencial estable¹⁴.

Finalmente, debo afirmar que la ley que en 2016 reformó la legislación civil sobre contratos y obligaciones, introdujo en los artículos 1242 a 1252 el principio de prevención¹⁵, pero nada dijo sobre el principio de precaución.

¹² Larribau- Ternayre, ob. cit., p. 724.

¹³ Virginie- Larribau- Terneyre, Droit Civil, Droit des obligations, 16^a. ed., 2018-2019, edit. Dalloz, París, p. 724.

¹⁴ Larribau-Ternayre, ob. cit. p. 724; Viney- Jourdain, ob.cit., n. 26.

¹⁵ Viney-Jourdain, ob. cit., n. 27.