

¿EN COLOMBIA EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN REPRESENTA UN AVANCE O UN RETROCESO EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL? A PARTIR DE UNA APRECIACIÓN INDIVIDUAL Y DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-360/10

DÉBORA GUERRA MORENO*

- *Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, MBA de la Escuela de Dirección de Empresas EDDE de la Universidad Argentina de la Empresa UADE ; candidata a Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y la Universidad del Atlántico, y Especialista en Contratación Estatal en la Universidad Externado de Colombia, Abogada Conciliadora registrada en el Ministerio de Justicia por la Universidad Libre.*

Fecha de recepción del artículo: Sep. 2 2011. Fecha de aceptación: Oct. 16 2011

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis sobre como en Colombia ha evolucionado la incorporación del principio de precaución en el instituto de la responsabilidad civil, basado a partir de su conceptualización, origen y fundamentado en los conceptos de amenaza, incertidumbre y riesgo potencial en la producción de daños graves e irreversibles. Se hace el análisis de la Sentencia T-360-10 en la cual la Corte Constitucional exhorta a tomar medidas precautorias para evitar la probabilidad de daños.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Se ha definido la precaución como un “instrumento de gestión de riesgos que se utiliza en una situación de incertidumbre científica y que expresa una exigencia de actuar frente a un riesgo potencialmente grave sin que sea necesario esperar los resultados de la investigación...” (Kemelmajer: 2003, pág. 171)

Si bien es cierto que el Principio de Precaución tiene su origen en instrumentos internacionales que buscan la protección del medio ambiente tal como lo establece la “Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio ambiente y el Desarrollo” de 1992 que lo contempla en el principio 15, así: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus

capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, es cierto también que en Colombia, se han expedido sendas regulaciones para aplicar este principio de precaución en la protección del medio ambiente, una de ellas la Ley 99 de 1993.

No obstante, durante los últimos tiempos el principio de precaución en Colombia ha buscado trascender las fronteras de protección no solo al medio ambiente, sino que ha tratado de permear otras esferas que translucen en la protección no de bienes sino de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y aquí surge la cuestión de saber ¿cuáles son los mecanismos con que se cuenta para aplicar ese principio de precaución para sentirse protegido?

El principio de precaución debe ser estudiado desde varias perspectivas encaminadas previamente al análisis de los conceptos de peligro, amenaza y riesgo. En Colombia se ha estudiado el riesgo dentro de un régimen netamente objetivo como una contingencia que surge de la concreción de un daño en la ejecución de una actividad peligrosa. El peligro y la amenaza solo se han contemplado como eventualidades, sin aceptar aún las teorías de varios tratadistas como Juan Carlos Henao que sostiene que la amenaza debe considerarse como un daño cierto.

Ahora bien, este principio cuyo origen corresponde a las instituciones internacionales desde Alemania, Francia e Inglaterra, y como lo vimos ha sido adoptado en nuestro país, se ha percibirlo de tres maneras:

Como principio programático, cuyo carácter es político y surge para proteger el derecho ambiental, a través de la generación de políticas públicas cuya finalidad es el manejo del riesgo como concepto, proporciona un razonamiento para seguir una determinada dirección sin esperar un resultado concreto.

Para María Troncoso (Troncoso: 2010) este principio constituye una regla jurídica que debe estar contenida dentro de un ordenamiento normativo que delimite la acción del sujeto en su noción de la idea de riesgo cuyo fin es anticiparse a la ocurrencia del daño.

Como estándar de comportamiento, que debe ser incorporado en la conducta de la persona cuando pone en acción alguna actividad, cualquiera que sea. “Hoy en día a

toda actividad le es entrañable un riesgo”, luego existe un riesgo socialmente aceptable que pone en acción el principio de precaución toda vez que no existe la certeza de ocurrencia, sino que por el contrario surge la incertidumbre sobre lo que pueda o no suceder máxime cuando estamos frente al acelerado avance de la ciencia y de la tecnología.

Como sea que se conciba el principio de precaución, su aplicación se ha dificultado por varias razones entre las que podemos mencionar:

La exigencia de que el daño que se pretende evitar sea grave e irreversible, su aplicación se restringe solo a la protección del medio ambiente, se suma a ello que ni la ley, ni la jurisprudencia ni la doctrina han fijado lineamientos claros respecto de su aplicación, luego debemos entender que aunque su aparición data de las últimas tres décadas, en nuestro medio apenas comienza a hacerse su estudio para darle aplicabilidad no solo a lo que tiene que ver con el medio ambiente sino que amplía el espectro y ya alcanza su mención cuando se habla de la protección de los derechos a la salud.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Si ubicamos este principio dentro del escenario de la Responsabilidad civil pareciera que no encajara, sin embargo la filosofía de esta institución se encuentra en constante evolución, es decir, la responsabilidad civil hoy parte de la concreción de un daño cierto y antijurídico causado por una conducta cuya diligencia es determinante y que obliga a ser reparado, pero podría contemplarse la amenaza de daño o la incertidumbre de un riesgo para cristalizar este principio y así evitar la ocurrencia del daño y el establecimiento de medidas precautorias que permitan la creación de una acción preventiva dentro del instituto de la responsabilidad.

La precaución no parte solo de la diligencia con la que se acciona una actividad sino que además de ella debe aplicarse la prudencia en el desarrollo de cada conducta cuando se entrañan riesgos potenciales o incertidumbre científica, la precaución “constituye una máxima de prudencia cuando el sendero es borroso, incierto, y cuyo alcance y fundamento jurídico llaman a la reflexión” (Troncoso: 2010. Pág. 209)

El constante avance de la sociedad respecto de la tecnología y la ciencia demandan del Estado la implementación de medidas precautorias toda vez que el riesgo es

inherente a estos avances y la incertidumbre conlleva a no tener la seguridad de los daños que estos avances puedan ocasionar con el paso del tiempo. En realidad lo que se busca no es evitar cualquier daño, sino evitar aquel que amenace intereses esenciales, fundamentales principalmente relacionados con el medio ambiente y la vida humana y que se visualicen como graves e irreversibles.

La naturaleza de la responsabilidad civil es reparar el daño cierto, aquel que efectivamente se cristalizó una vez se haya probado la relación de causalidad entre éste y el fundamento (culpa, dolo, riesgo) para imputar a quien debe repararlo. Sin embargo, en este estudio del principio de precaución, nos ubicamos en un escenario que no contempla como tal el daño cierto, causado, sino la probabilidad que éste se presente, la amenaza irresistible a que un daño pueda producirse, es aquí donde debe consolidarse ese principio de precaución que nos obliga a implementar las medidas para evitar la realización de ese daño.

Ahora bien, ¿cómo se puede reparar o indemnizar esa posibilidad de ocurrencia de daño, cuando esta fundado en una incertidumbre de riesgo o amenaza? Si bien es cierto que en Colombia en responsabilidad civil se debe concretar el daño, también es cierto que se han constitucionalizado mecanismos que permiten accionar para proteger aquellos derechos de carácter fundamental que se estimen amenazados o expuestos a la incertidumbre de un riesgo, como lo son las acciones de grupo, la acción popular y la acción de tutela, las cuales no tienen como finalidad la indemnización de los posibles daños que se configuren pero si la protección y la fijación de políticas orientadas a un deber positivo para evitar que éstos se produzcan imponiendo medidas que configuren el principio de precaución estudiado. Si bien no se determinan medidas indemnizatorias, si quedan establecidas al resolver con medidas de hacer o no hacer orientadas a evitar la configuración del daño grave e irreversible para anticiparse al futuro frente a una incertidumbre.

Estas determinaciones se afianzan en otros principios que tienen relación directa con el de precaución, es decir, deben aplicarse bajo la razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo al grado de incertidumbre que se tenga en cada caso...

No obstante, como se ha analizado, el principio de precaución se fundamenta en la incertidumbre de riesgo o amenaza para responsabilizar a aquella persona que los crea, es decir, permitiría que la responsabilidad se pueda fundar en el acto que genera ese riesgo o amenaza y no en el daño propiamente cristalizado siempre argumentado bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Veremos así, dentro del análisis de un caso como ya en Colombia nuestros jueces empiezan a incorporar dentro de sus decisiones el principio de precaución, observando a la víctima frente a lo que es esperable y buscando su protección implantando medidas precautorias cuya finalidad es la de precaver la posibilidad de la realización de un riesgo y evitar la producción de un daño.

ANÁLISIS SENTENCIA T-360-10

El caso que nos ocupa consiste en la revisión que hizo la Corte Constitucional conforme a los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución y 31 y 36 del Decreto 2591 de 1991 de la acción de tutela impetrada por la Sra. Aracely Olarte Charry donde solicita el amparo de los derechos a la vida y a la salud, los cuales se vieron afectados por la instalación de un torre de telefonía móvil de Comcel a 76 metros de su residencia.

La señora con padecimientos coronarios que originaron la implantación de un cardiodesfibrilador alega que la alta radiación de la torre instalada originó descargas que desconfiguraron el equipo razón por la que su salud se vio afectada y solicita que se le ordene a Comcel el retiro definitivo de la torre de telecomunicaciones en mención.

Comcel funda su defensa rompiendo el nexo causal en lo que pretende la demandante, toda vez que al señalar que “la antena por estar clasificada como una fuente inherentemente conforme no produce ningún riesgo para la salud y la vida de los vecinos”, igual señaló que “no ha demostrado el perjuicio que se le ha suscitado por la presencia de la estación radio base que se ha utilizado para la prestación del servicio, más allá de afirmar que ello podría afectar su salud”

Decisiones Judiciales: En primera instancia se concedió el amparo al estudiar conceptos de varios científicos, concluyendo que la telefonía móvil puede provocar graves problemas de salud incluyendo el cáncer. Mencionó el principio de precaución basado en “un enfoque excepcional y alternativo frente al principio de certeza científica.

En segunda instancia, decidió revocar la decisión de primera instancia concluyendo que la prueba sobre la que se basó esta determinación no genera certeza.

En sede de Revisión, se analizaron informaciones que fueron solicitadas a las autoridades en la materia y después de considerar cada una ellas decide confirmar la sentencia de segunda instancia y ante la incerteza científica de que las ondas de radiofrecuencia generadas por las estaciones base de telefonía móvil generen efectos negativos a largo plazo para la salud deben aplicarse medidas de prevención y precaución para proteger a los seres humanos de los posibles efectos nocivos sobre todo de los niños y adultos mayores.

¿Cuál es el argumento jurídico en este caso para aplicar el principio de precaución? La protección constitucional conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que merecen los sujetos de especial protección cuando sus derechos se encuentren vulnerados o amenazados está avanzando en la medida que actualmente el juez constitucional ya incorpora dentro de sus decisiones la protección de los derechos a partir del principio de precaución.

Aunque en el caso de estudio no se tutela el derecho para ordenar retirar la torre instalada por cuanto la información analizada no permitió establecer el nexo causal entre la radiación de las ondas electromagnéticas emitida por la torre con el daño del aparato cardiodesfibrilador y menos aún con la afectación de la salud de la demandante.

Sin embargo, se determina que aunque no exista certeza científica de los efectos adversos a la salud no puede descartarse de un todo la relación de causalidad, es por ello que la Corte determina adoptar el principio de precaución porque existe la incertidumbre en la comunidad científica que no permite descartar que las radiaciones de alta frecuencia produzcan hacia el futuro peligro de daño grave e irreversible que afecte la salud y la vida.

Como está señalado al inicio de este documento, el principio de precaución data de varias décadas atrás, su origen lo encontramos en Alemania, Francia e Inglaterra, se incorporó en el Convenio de Rio de Janeiro en 1992 y Colombia lo consagró como principio general en el numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, para dar aplicación de él cuando exista peligro de daño grave e irreversible, cuando exista aquella incertidumbre científica que amenace un daño o evidencie un inminente riesgo. Si bien es cierto que se incorpora este principio dentro de la Ley del medio ambiente, es también cierto que cada vez se observa mayor aplicación de este principio en el universo controversial donde se pueden determinar las probabilidades

de la producción de daños aplicando este argumento jurídico para la protección de los derechos fundamentales.

El principio de precaución nos lleva a reflexionar como lo hizo Hans Jonas (Andorno: 2004) en que si antes sólo éramos responsables respecto de las personas que nos rodeaban y en el marco del corto plazo, ahora tenemos una nueva responsabilidad que tiene por objeto no sólo los individuos existentes, sino aquellas generaciones del futuro que serán los testigos de los cambios y avances de la ciencia y la tecnología. Es por esto que no solo debe ser aplicado a las amenazas o riesgos al medio ambiente, sino que por el contrato debe propagarse la aplicación de este principio cuando se observe que exista un peligro, amenaza o incertidumbre de riesgos que afecte los derechos de las personas.

En el caso que nos compete la Corte ante la incertidumbre científica de que las estaciones bases de telefonía móvil generen efectos negativos hacia el futuro aplica las medidas de la comunidad internacional sobre el principio de precaución para lo cual exhorta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a tomar algunas medidas precautorias cuando se autoricen la instalación de las torres de telefonía Móvil.

Un caso similar al estudiado se dio en Francia, 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 a la antena, debido a las ondas que está despidiendo era suficiente para declarar responsable a su operador", argumento próximo al principio de precaución (Troncoso: 2010, pág. 215).

¿Cómo se afecta la valoración de daño o el juicio de imputación?

El principio de precaución está imponiendo nuevas condiciones sobre las que todos debemos tomar en conciencia decisiones frente a la gravedad y magnitud de los posibles daños. Este principio nos hace reflexionar sobre las actuaciones que deben incorporarse en nuestro actuar para precaver la producción de daños frente a las amenazas de peligro y riesgo a los que nos encontramos expuestos cada día en medio del avance científico y tecnológico globalizado.

Dentro del juicio de responsabilidad el principio de precaución puede romper o por el contrario enriquecer la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño, o mejor, entre la amenaza o el riesgo con el daño que se configure.

Amplía el espectro del fundamento de responsabilidad, como lo señalamos al inicio, incorpora la prudencia sumado a la diligencia. “La nueva cultura del riesgo, fundada en el principio de precaución invierte la proposición considerando que la prudencia se impone en tanto no se haya probado la inocuidad” (Riechman; 2007).

El estudio del principio de precaución no determina el riesgo solo dentro del desarrollo de actividades peligrosas, sino que establece que deben tomarse medidas precautorias en todas las actividades que se ejercen porque siempre existe la probabilidad de causar un daño si no se obra con la debida prudencia y cuidado independientemente si la actividad que se ejecuta sea peligrosa o no.

En el ámbito de la imputación el principio de precaución refuerza las obligaciones positivas, incita a que se establezcan obligaciones de hacer desplegando acciones para prevenir la producción de daños graves e irreversibles, no obstante frente casos que se fundamentan en el riesgo o amenaza de daño, es muy difícil el estudio del nexo causal y por ende la escogencia del responsable a quien se le debe atribuir la responsabilidad.

En Colombia deben incorporarse nuevos mecanismos que permitan para cada caso hacer el análisis de las pruebas en el sentido de poder determinar el nexo causal y la imputación al responsable. La aplicación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad toma relevancia en el estudio de estos casos.

El criterio objetivo basado en el riesgo permite fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño, sino en acto que genera el riesgo (Rodríguez: 1999) luego tanto el estudio del nexo causal como el de la imputación tendrán un punto de equilibrio entre las conductas y los daños que potencialmente se puedan generar.

Sin embargo, tras muchos años de historia la responsabilidad civil se ha valorado bajo sus tres elementos: daño, fundamento e imputación. El fundamento basado en la culpa y posteriormente sobre el riesgo creado a partir de la industrialización.

El principio de precaución hoy, ante la transformación del riesgo en la sociedad, apenas asoma a las esferas jurídicas para tratar de revolucionar el instituto de la responsabilidad civil, proponiendo los riesgos potenciales, la incertidumbre científica y la amenaza de daño como fundamentos de responsabilidad basados en la precaución, la prevención y la conducta prudente que ellos implican para poner en

ejecución un actuar o actividad. Entre tanto, en Colombia se continúa imputando la responsabilidad a aquel a quien jurídicamente se le haya atribuido la ejecución del hecho dañino productor del daño que se pretende reparar.

CONCLUSIONES

El principio de precaución se encuentra fundado a partir del riesgo potencial, la incertidumbre científica y la amenaza de daño y actualmente esta asomando al ámbito de la responsabilidad.

Aunque se ha incorporado como principio en la legislación ambiental, actualmente se concibe como estándar de comportamiento destinado a convertirse en una regla jurídica cuya naturaleza es la protección no solo de los bienes sino de los derechos fundamentales de las personas.

Ante la amenaza de daño, la incertidumbre científica y los riesgos potenciales de producción de daños, en el campo de la responsabilidad el principio de precaución se debe analizar dentro del escenario de probabilidades aplicando los principios de transparencia, razonabilidad y proporcionalidad, para lo cual debe hacer el estudio a partir de presunciones e inferencias lógicas de las pruebas indiciarias.

En la actualidad el principio de precaución representa un avance en el instituto de la responsabilidad civil toda vez que permite ampliar el espectro y la seguridad de la protección de los derechos. Algunos jueces han empezado a contemplarlo e incorporarlo como base fundamental en la toma de sus decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JONAS Hans. Citado por Andorno Roberto en Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgo. In principio de precaución, biotecnología y derecho. Granada España, Editorial Comares S.L. 2004.

KEMELMAJER Aida. Responsabilidad civil y transgénicos, en Riesgo y precaución, María Jesús Buxó y María Casado. Publicaciones de la residencia de investigador. Catalunya 2003.

RIECHMAN Jorge. Introducción al principio de precaución, Prevención primaria del cáncer. Murcia, España. 2007.

RODRÍGUEZ Grez Pablo, Responsabilidad extracontractual, citado por Gonzalo Figueroa Yáñez en El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. 1999.

TRONCOSO María. El principio de precaución y la responsabilidad civil. Revista de Derecho Privado. Nro. 18. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.