

ano 17 - n. 70 | outubro/dezembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-318 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i70
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada no BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

El principio precautorio como fuente de responsabilidad estatal frente a los derechos fundamentales

The precautionary principle as a source of state liability in face of fundamental rights

María Florencia Ramos Martínez*

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
mariaflorenciamos@hotmail.com

Recibido/Received: 07.08.2017 / August 7th, 2017
Aprovado/Approved: 07.10.2017 / October 7th, 2017

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el impacto del principio precautorio en la responsabilidad civil del Estado, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Medioambiente. Derechos fundamentales. Responsabilidad. Principio precautorio. Derecho Ambiental.

Abstract: This study aims to analyze the impact of the precautionary principle in the civil responsibility of the State, under the perspective of the fundamental rights.

Keywords: Environment. Fundamental rights. Responsibility. Precautionary principle. Environmental law.

Sumario: **1** Introducción – **2** Prevención y precaución – **3** El principio precautorio y el Estado – Referencias

Como citar este artículo/*How to cite this article:* RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia. El principio precautorio como fuente de responsabilidad estatal frente a los derechos fundamentales. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 45-63, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.845.

* Docente de Derecho Privado VII (Derecho de Daños) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba – UNC (Córdoba, Argentina). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales – UNC. Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios y Egresado Sobresaliente. Autora de numerosas publicaciones en obras colectivas y en revistas especializadas sobre la materia. E-mail: mariaflorenciamos@hotmail.com.

1 Introducción

Los cambios experimentados a nivel global producidos por el avance tecnológico y científico, impactan en el universo jurídico, obligando a repensar el esquema vigente.

En el ámbito de la responsabilidad civil, se pone en jaque la noción clásica de tal institución, centrada en el resarcimiento posterior a la consumación del daño. Ello como consecuencia de la consideración de dos premisas: la problemática de la reparación frente a determinados bienes cuya afectación deviene imposible, y el beneficio que importa anticiparse al daño desde una perspectiva integral (social, jurídica, económica, ambiental). Ambas, se conjugan para dar respuesta a una necesidad particular, la adecuada protección de la víctima, postulado que se erige como el pilar fundamental del moderno Derecho de Daños.

Desde este enfoque, puede comprenderse la inclusión de políticas preventivas en la dinámica propia de la responsabilidad civil. Más aun, se llega a considerar la inclusión de un deber que excede la posición conservadora de la prevención, asentada, como veremos en la posibilidad más o menos cierta del daño, y se traslada hacia el campo de la incertidumbre: el deber de precaución.

En este sentido, nos interesa definir el alcance conceptual de esta institución a partir de las elaboraciones doctrinales y establecer qué vínculo o relación guarda con el derecho al medioambiente sano.

Habremos de analizar la incidencia del deber de precaución en la tarea de diagramar los contornos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello se advierte claramente al considerar el rol de las políticas públicas en la adecuada protección de los derechos fundamentales, donde sin lugar a dudas, la prevención y la precaución, se presentan como fuentes de un deber de actuación para el Estado, de suerte que su inobservancia compromete su responsabilidad patrimonial.

2 Prevención y precaución

2.1 Aproximación conceptual

Como lo apuntamos al inicio, el cambio experimentado en las últimas décadas, impone la revisión del paradigma clásico de la responsabilidad civil, centrada en la necesidad de reparación.

El reconocimiento constitucional del derecho a la salud, al medioambiente sano, a la seguridad en la relación de consumo, abren el debate sobre la necesidad de revisar el paradigma clásico de la responsabilidad civil, centrada en la reparación del perjuicio. La expansión de la tecnología que invade todos los campos de la ciencia y de las relaciones sociales, expone a los individuos, acrecentando el nivel de vulnerabilidad de las relaciones interpersonales, especialmente en el plano de la relación de consumo.

2.2 La prevención

La admisión de la prevención como paradigma en un ordenamiento jurídico supone la consideración de derechos subjetivos que por su esencia reclaman la adopción de medidas tuitivas más afinadas y orientadas a evitar el perjuicio, como también, el reconocimiento de intereses que exceden lo meramente individual,¹ los llamados intereses colectivos e intereses difusos.²

No obstante ello, no es posible soslayar que las medidas de anticipación y evitación del daño, presentan una contracara compleja, relacionada a la afectación de la propiedad privada y del desarrollo industrial, científico y tecnológico. De allí la prudencia con que deben ser valorados los extremos tendientes a su aplicación.

Sin embargo, y más allá de los desafíos que plantea la cautela en la aplicación de políticas preventivas, es posible reconocer un principio de prevención que rige el Derecho de Daños, como derivación lógica de la premisa rectora *alterum non laedere*. Es dable recordar que, de la máxima general de no dañar a otro se desprende, no solamente que todo daño conlleva a lo antijurídico, sino que siendo ello así, debe prevenirse el quebrantamiento del orden establecido.³

Un claro ejemplo de la mutación en el paradigma antedicho, constituye el reconocimiento de la prevención como función de la responsabilidad civil, en el Código Civil y Comercial de la Nación.⁴

En tal sentido, el art. 1710 expresa: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar, de buena fe conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.” No obstante la diversidad de escenarios planteados, los tres incisos comparten un punto medular: la conducta diligente y anticipatoria a la producción del daño.

¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño ambiental en el derecho privado, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T I., p. 60.

² Como se sabe, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ocupa de este tema en la causa “Halabi”, (Fallos 332:111)

³ Acertadamente apunta la doctrina que en “realidad, si nos atenemos a la letra del principio *alterum non laedere*, lo que este ordena primero es precisamente no dañar a otro, lo que perfectamente puede entenderse como actuar antes de que se dañe.” (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 44)

⁴ Expresa la doctrina que no resulta adecuado incluir la prevención como una de las funciones de la responsabilidad civil, puesto que en verdad, “se trata de instituciones distintas, ciertamente vinculadas y complementarias con la reparación del daño, que tienen su autonomía conceptual y funcional”. Agregando que es “*el derecho de daños* (y no la responsabilidad civil), la figura que engloba a todas las instituciones señaladas” (PIZARRO, Ramón Daniel, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 12).

2.3 El deber de precaución

2.3.1 Origen del principio precautorio. Breve reseña

Su aparición se remonta hacia la década del setenta con la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972. Luego, en 1982, se incorporó en la Convención sobre el Derecho del Mar. También se encuentra presente, entre otros, en la Conferencia de Naciones Unidas en Viena de 1985 y en el Protocolo de Montreal de 1987, Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki 1992), Convención Marco sobre Cambios Climáticos (Nueva York 1992), Tratado de Maastricht de la Unión Europea⁵ entre otros.

Asimismo, fue adoptado por las Naciones Unidas en la llamada Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, de 1992 de la cual formó parte la República Argentina.⁶ En el principio 15 del mentado instrumento, se dispone: “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”.

El deber de precaución se halla también regulado en la Convención Macro de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada por nuestro país el 7/12/93 mediante ley 24.295, en su artículo 3.3., reza: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, teniendo en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos”.

El Protocolo de Bioseguridad de Cartagena, concertado en Montreal del 29 de enero de 2000, dispone, en el apartado 6 que “El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica

⁵ GOLDEMBERG, Isidoro H., y CAFFERATTA, Néstor A., “El principio de precaución”, J.A. 2002-IV-1443.

⁶ La República Argentina, aprobó la Declaración de Río, mediante el Convenio sobre Biodiversidad Biológica el 5 de junio de 1992, mediante ley nº 24.375.

en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate”.

Con relación a nuestro derecho interno, y siguiendo las elaboraciones internacionales, se introdujo este instituto partir de la Ley General del Ambiente N° 25.675,⁷ definiendo en el art. 4 al principio precautorio de la siguiente manera: “Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

2.3.2 Aproximación conceptual

En este contexto signado por la necesidad imperiosa de anticiparse a daños graves, cuya reparación *in natura* deviene compleja, y el resarcimiento económico se exhibe insuficiente por la naturaleza del bien afectado, es dable comprender la aparición del deber de precaución. Se trata entonces, de un estándar de actuación más afinado, y con un ámbito de aplicación más reducido.

Se lo define como un deber de prudencia incrementado que debe adoptar el gobernante en relación a actividades o productos de los que se sospecha encierran un riesgo para la salud o el medio ambiente.⁸ Se impone la necesidad de una tutela anticipatoria ante la amenaza de daños graves e irreversibles que puedan proyectarse en el tiempo.⁹

Puntualiza la doctrina, que el “principio precautorio, es una herramienta de defensa del ambiente y la salud pública, que amplía enormemente los límites de acción del Derecho de Daños, con un sentido de prevención y anticipatorio, intenso, enérgico, fuertemente intervencionista, con la finalidad de impedir la consumación de un daño grave e irreversible”.¹⁰

En relación al ámbito de aplicación, tal y como se aprecia, luce más reducido en comparación con la prevención. Esta última, goza de mayor amplitud, dada su vinculación con el principio madre de no dañar a otro.¹¹

El deber de precaución, surge como una premisa derivada de la prevención, y por lo tanto su vínculo con la máxima *alterum non laedere*, deviene débil, de allí la

⁷ B.O.: 26.11.2002.

⁸ *Idem*, p. 963.

⁹ GOLDEMBERG, I., y CAFERATTA, N., *op. cit.*, p. 1443.

¹⁰ CAFFERATTA, Néstor A., “Naturaleza jurídica del principio precautorio”, R. C. yS. 2013 IX, 5.

¹¹ Este carácter laxo, que amerita una prudente valoración en el análisis de la procedencia de las medidas tuitivas, se advierte claramente de la lectura del art. 1710 del Código Civil y Comercial, el cual reconoce un deber genérico que pesa sobre toda persona, física o jurídica.

pérdida del carácter general. Desde este enfoque, la precaución se enmarca en el ámbito de la protección al medioambiente y la salud.

El riesgo que encierran ciertos productos o actividades, constituye la razón de ser de tal patrón de conducta, puesto que el peligro de daño irreversible, impone una estimación medida en grado máximo a la hora de implementar políticas de control.

Con respecto a la naturaleza de este instituto, se señala que, pese a ser originariamente concebido como una norma destinada a reglamentar la acción de los poderes públicos, no llega a constituirse en tal, siempre que no puede desligarse de valoraciones políticas y éticas.¹²

Los principios generales del Derecho, enseña la doctrina, constituyen instrumentos idóneos para atemperar la rigidez del positivismo jurídico, colmando al mismo tiempo sus lagunas.¹³ Cumplen funciones distintas pero complementarias, ya sea para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella, y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas; constituyen la causa y la base del ordenamiento por lo que su existencia no depende del reconocimiento normativo o jurisprudencial.¹⁴

En este sentido, el deber de precaución parecería pertenecer a la categoría de los principios pero con un ámbito acotado de actuación, referido al Derecho Ambiental, cumpliendo la función de filtro en supuestos de contradicción entre normas que pretenden aplicarse a una rama específica del derecho,¹⁵ erigiéndose como principio regulador de la actividad estatal, no como un catálogo preestablecido de soluciones concretas, sino como una guía amplia para el gobernante.¹⁶

2.4 Prevención y precaución. Diferencias. La certeza del daño como punto medular

Si bien como lo hemos planteado, el deber de precaución surge como un desprendimiento de la noción macro de prevenir el daño, y se lo reduce a un ámbito de mayor especificidad, vale la pena recordar que la diferencia fundamental entre ambos principios, radica en la ausencia de certidumbre científica a cerca de un daño grave e irreversible, que pueda esperarse como consecuencia de una determinada actividad o producto.

Se evidencia entonces un punto central en la temática que abordamos, vinculada a la certeza del daño.

¹² GOLDEMBERG, I., y CAFERATTA, N., *op. cit.*, p. 1448.

¹³ COVIELLO, Pedro José Jorge, *La protección de la confianza del administrado*, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 293.

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 37

¹⁵ CAFERATTA, Néstor A., "Responsabilidad civil por daño ambiental", en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley*, Buenos Aires, 2004, Tomo III, p. 533 y ss.

¹⁶ ADORNO, Roberto, "Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio", J.A. 2003-III, p. 967.

Con el propósito de aclarar la cuestión, entendemos oportuno formular una breve referencia a la dicha premisa, en el marco de la dinámica preventiva.

2.5 La prevención: certidumbre de la potencialidad del daño

Como se sabe, la prevención, a diferencia de la función resarcitoria que regula los supuestos de daños consumados, tiene relevancia en el plano de lo potencial, es decir, de los perjuicios que aún no se han verificado, al menos en su totalidad.¹⁷

El instituto preventivo admite una mirada dual. Conforme un enfoque, ya como deber genérico que pesa sobre todo ciudadano, asociado a la responsabilidad social con que debe conducirse y dirigir sus actos de modo que no produzca daños que puedan evitarse utilizando un estándar de diligencia razonable.

Desde otro ángulo, vinculado al anterior, la prevención supone una herramienta de protección para los derechos e intereses no contrarios al orden jurídico. En este sentido, las medidas de prevención se presentan como el medio de garantizar que, si el deber de cuidado y prudencia no es acatado por los ciudadanos, el Estado se halla habilitado para implementar mecanismos tuitivos, que impidan o reconduzcan las conductas a cauces seguros.

De cualquier modo, la viabilidad de las medidas anticipatorias, de carácter protectorio e inhibitorio, requiere ineludiblemente contar con una fundamentación que avale tal decisión, evitando el conflicto social y cultural que naturalmente se generan a partir de decisiones arbitrarias.

Teniendo en cuenta la doble perspectiva del instituto preventivo, es decir, la necesidad de proteger intereses y derechos anticipándose al daño y el riesgo de entrometerse negativamente en el desarrollo científico y técnico de las sociedades modernas, parecería ponerse de relieve que la peligrosidad de un perjuicio cierto, deviene en el elemento que justifica la toma de medidas preventivas. Precisamente, la potencial vulneración del orden jurídico por violación del principio *alterum non laedere*, se presenta como el fundamento por el cual se habilita al Estado a tomar decisiones que obstaculicen conductas, cuando éstas pongan en peligro derechos o intereses no ilegítimos.

Ahora bien, a nuestro entender, el punto medular en la problemática de la prevención, radica en comprender el método para determinar dicha potencialidad de un modo prudencialmente objetivo. Esta necesidad se torna patente al momento de

¹⁷ Ello puede advertirse claramente en el régimen que emana del art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación que en el apartado b) reza: "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa".

verificar la viabilidad de las medidas anticipatorias de evitación del daño, que por su modalidad, implican en la mayoría de los supuestos, una intromisión en el derecho de propiedad y libertad de los individuos.

Se torna indispensable una adecuada exposición los motivos por los cuales la autoridad administrativa o judicial estima que determinado producto o actividad resulta significativamente peligrosa para los derechos o intereses de los individuos. De lo contrario, el sistema se arriesga a la inestabilidad propia de impresiones o sensaciones personales del funcionario interviniente.

Con tal orientación, podemos advertir que la potencialidad dañosa depende, en gran medida, de la capacidad innata de la cosa o actividad, es decir, de una cualidad que *per se* constituye una fuente de daño, tal como puede predicarse de sustancias radioactivas. Pero también, la prevención puede recaer sobre situaciones que *a priori* no despiertan una mirada alerta, puesto que la cosa o la actividad desarrollada resultan en principio inocuas, tal como sucede con un espacio baldío sin cercar que en su interior contiene una fosa o un basural.

De este modo, el escenario de la prevención, claramente admite un sinfín de situaciones, donde lo esencial para la aplicación de medidas anticipatorias, radica en la necesidad de impedir o disminuir el daño.

Este marco así planteado, importa una excesiva amplitud que conspira contra el desarrollo natural de sociedades modernas. Por lo tanto, debemos admitir que la sola noción de riesgo, es decir, de peligro de daño, carece de entidad suficiente para justificar la implementación de medidas preventivas.

En este punto, resulta oportuno detenernos a reflexionar, puesto que la problemática de la prevención como función del Derecho de Daños transita dos carriles.

Uno de ellos, referido a la limitación de los posibles campos de aplicación, es decir, ¿la implementación de medidas preventivas reconoce algún ámbito específico, o es posible predicar su aplicación a todo tipo de situaciones riesgosas? Sin duda una cuestión de difícil resolución, vinculada esencialmente a la casuística.

Admitiendo que tal interrogante desborda el objeto del presente trabajo, nos conformamos con sostener que el principio preventivo, impone un deber genérico de prevenir el daño, el cual se halla vinculado, como lo hemos expuesto, a la máxima *alterum non laedere*. Desde esta mirada, todo riesgo debe ser prevenido, adoptando los ciudadanos y el Estado, conductas tendientes a minimizar los daños.

A diferencia de ello, y respecto de la adopción de medidas preventivas *strictu sensu*, habrá que determinar con máximo rigor la concurrencia de los extremos previstos por cada ordenamiento jurídico para su procedencia.

La segunda cuestión a dilucidar, vinculada íntimamente a lo señalado *ut supra*, es el referido al criterio rector que resulta aplicable para determinar la certeza del daño que se pretende evitar.

Cabe recordar, que la procedencia de las medidas preventivas asientan su justificación en la idea de anticiparse a la producción de un daño cierto, es decir, no hipotético o puramente conjetural.

De modo que si bien el perjuicio aún no se ha verificado, o al menos en su totalidad, está latente. Por lo tanto, el análisis de la función preventiva en el Derecho de Daños, se refiere al campo de lo potencial.

Ello supone una mirada crítica sobre la cosa o la actividad, la cual habrá de ser analizada bajo el lente de lo que habitualmente sucede en situaciones similares. Como lo hemos puesto de manifiesto, la noción de riesgo, es decir, de un posible daño, debe asentarse no sólo en el carácter *per se* del objeto de estudio, sino en los múltiples factores que pueden intervenir en el caso concreto, transformando una situación que *a priori* se manifiesta como inofensiva, en un riesgo concreto para derechos e intereses de terceros.

Como puede advertirse, el patrón de la regularidad, deviene indispensable para establecer la potencialidad dañosa, aportando la certeza sobre el perjuicio que de lo contrario resulta simplemente conjetural.

Siguiendo con este razonamiento, habremos de advertir que el modo de arribar a tal conclusión, es decir, el de la potencialidad dañosa, no es otro que el propio de la tesis de la causalidad adecuada¹⁸ la cual asume el carácter causal de una condición según lo que acostumbra a suceder, de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas.

Desde este enfoque, no cualquier objeto o conducta resulta apta para justificar la toma de medidas preventivas, sino sólo aquellas que regularmente resulten aptas, desde una valoración abstracta, para provocar un resultado lesivo.

Esta inteligencia se desprende de la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual estipula en el art. 1711 que procede la acción preventiva, “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”. En relación a esta directiva, se expresa en sus fundamentos, que tal previsión se deriva del régimen causal admitido en el articulado siguiente. De este modo, la justificación de la medida preventiva, descansa en el régimen de la causalidad adecuada, conforme lo dispuesto por el art. 1726 y siguientes del mentado cuerpo normativo.

¹⁸ La doctrina señala que el verdadero fundador de la teoría de la causalidad adecuada fue el fisiólogo J. VON KRIES, a fines del Siglo XIX. Partiendo de la causa como un conjunto de condiciones, la individualización de ésta se logra a partir de un juicio de probabilidad y regularidad, conforme a la experiencia de la vida cotidiana, por lo que va de suyo la ausencia de certeza absoluta. De modo que tendrá carácter causal, aquel acontecimiento que generalmente es apto o adecuado para provocar el resultado del caso de análisis (HUERTA FERRER, Antonio, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948, p. 126).

2.6 Precaución: ausencia de certeza científica total o absoluta del daño

Ahora bien, en el ámbito del deber de precaución, la cuestión pareciera resultar diferente. Precisamente porque este instituto se estructura en la noción de ausencia de certeza sobre el posible daño que puede acarrear la inserción en el mercado de un determinado producto.

Con precisión se señala que “la existencia de un estado de incertidumbre, es determinante, para reafirmar la idea que la distancia que separa uno y otro principio, es sustantiva; a punto tal, que podríamos decir que el principio de prevención (o también llamado principio preventivo) se inscribe dentro del instrumental clásico del Derecho de Daños, porque sigue la lógica jurídica tradicional de certeza, esta vez del riesgo, el que insistimos debe ser cierto, comprobado, real, verificado, y efectivo en tanto que nuestro principio precautorio, rompe con esa misma lógica jurídica, porque desde la sospecha, en él se aloja, digámoslo de una vez, ciertamente la estocástica, el azar, la suerte, lo intrigante, que conduce a que naveguemos en aguas procelosas”.¹⁹

Considerando tal situación, la doctrina se pregunta: “¿Cuándo podemos invocar en tren de evitar la consumación del daño, el principio de prevención en el campo del Derecho de Daños? Cuando el riesgo es cierto. Y por último, ¿Cuándo podemos alegar el principio precautorio frente a un caso de peligro de daño grave e irreversible? Cuando el riesgo es incierto. En situaciones de amenaza, riesgo, peligro, en los que no existe la certeza técnica o científica absoluta, o en ausencia de información. Visto de esta manera: ¡¡Es notable la diferencia conceptual entre uno y otro principio!! A pesar de su parentesco, que los une en punto a que ambos operan sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, para impedir la degradación del medio ambiente”.²⁰

Como lo hemos visto, la certeza del daño o de su peligrosidad, depende de la constatación racional fundada en el criterio de regularidad propio de la teoría de la causalidad adecuada. En el ámbito preventivo, ello se desarrolla conforme lo suceden los acontecimientos de manera habitual, de modo que el estándar del riesgo se estructura de acuerdo a lo que normalmente sucede en situaciones similares.

Cabe entonces preguntarse: ¿Qué sucede a la hora de implementar medidas fundadas en el deber de precaución? ¿Cómo determinar la peligrosidad de daño grave e irreversible derivado de un hecho o de un producto, cuando se prescinde de basamento científico que avale tal condición?

¹⁹ CAFFERATTA, Néstor A., “Naturaleza jurídica del principio precautorio”, R. C. y S. 2013 IX, 5.

²⁰ *Idem.*

Al afirmarse que el principio precautorio se asienta en la premisa de la ausencia de certeza sobre el riesgo de daño, pareciera ponerse de relieve que su valoración prescinde de un análisis objetivo que exponga racionalmente las bases sobre las que se asienta la toma de decisiones. En tal caso, habremos de admitir que la implementación de medidas de tal índole, por ausencia de certeza sobre la peligrosidad del daño, quedan sujetas a un criterio puramente subjetivo y riesgosamente arbitrario.

Sin embargo, es dable advertir dos requisitos o caracteres que convergen en la estructura del deber de precaución: la amenaza o peligro de daño grave o irreversible, y la falta de certeza científica absoluta o falta total de certidumbre científica.

El primero de los presupuestos, se refiere a la potencialidad dañosa, elemento que si bien es compartido con la prevención, en el caso de estudio supone una gravedad particular o el impedimento de su reparación. En tal sentido, entendemos que el criterio determinante para atribuir el carácter de amenaza o peligro de daño grave, transita la experiencia de lo que habitualmente acontece, es decir, un patrón de regularidad asentado en lo que normalmente sucede para situaciones similares. Aquí, convergen prevención y precaución.

En relación al segundo postulado, es donde la situación se bifurca, puesto que para la adopción de medidas preventivas, se alude a un daño cierto, mientras que para valorar la implementación del deber de precaución, se alude a la ausencia de información científica, lo cual puede llevar a considerar que su aplicación se diagrama precisamente para supuestos donde se prescinde de la certeza.

Siguiendo con este razonamiento, nos preguntamos: ¿Cómo determinar el alcance del principio precautorio? ¿Qué patrones deben tomarse para enmarcar las decisiones que de él se desprendan, habida cuenta que supone un costado limitativo para la iniciativa tecnológica, científica e industrial?

Como lo puntualizamos, cuando nos referimos a la certeza como requisito del daño, ésta resulta de la constatación cualitativa del perjuicio. En atención a ello, se precisa que el daño es cierto “cuando *cualitativamente* resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud”.²¹ Si ello no es posible, por prescindir de tal cualidad, el daño deviene puramente conjetural o hipotético.

Sin embargo, no debemos perder de vista que la certeza admite diferentes grados, así, en el ámbito de la función resarcitoria, se requiere mayor constatación que en el ámbito preventivo, donde, como lo hemos puesto de resalto, se admite una certeza potencial del daño.

²¹ PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 1, p. 649.

Debemos tener presente, que tratándose de la afectación del medioambiente o salud, la información científica²² deviene indispensable para determinar el patrón de regularidad. Ello es así, ya que los conocimientos previos permiten concluir sobre la aptitud causal de una cosa o actividad en la producción de un daño.²³

Ahora bien, en caso de ausencia de certeza científica, como la que puede predicarse de la estructura conceptual del principio de precaución, la aplicación de medidas tuitivas fundadas en el posible daño grave e irreversible, pareciera sustentarse en patrones de índole subjetivo, de opinión.

Sin embargo, de la lectura de los instrumentos normativos citados, se puede advertir la referencia a la falta de certeza científica absoluta o total. De tal modo, no pretenden prescindir de un basamento objetivo, sino que admiten supuestos de información parcial o incompleta, donde el peligro se vislumbra como altamente probable, aunque no de modo rotundo.

Por lo tanto, y sin perjuicio de la diferente intensidad con que habrá de apreciarse la certeza del daño, consideramos que el criterio de aplicación, es idéntico para la prevención y la precaución, remitiéndose a un análisis de causación adecuado, fundado en patrones de regularidad.

3 El principio precautorio y el Estado

Teniendo en cuenta que el reconocimiento del deber de precaución radica en la necesidad de actuación urgente a fin de impedir la consumación de un daño grave, cuyos efectos todavía desconocidos plenamente, el rol del Estado no puede escapar al estándar de conducta que se vislumbra a partir de esta directiva. En tal sentido, la Administración deberá tomar medidas orientadas a lograr un equilibrio entre el desarrollo científico social y económico, y una adecuada protección hacia

²² Precisamente, se menciona que la primera limitación del método de la adecuación, deviene de la necesidad de experiencias previa, puesto que al valerse de criterios de regularidad y previsibilidad, es indispensable contar con supuestos similares que permitan establecer la regla de lo que es habitual. Explica la doctrina, que “no puede hablarse de relación causal adecuada, que se basa en lo que regularmente ocurre en casos similares, tratándose de un caso único o del primer caso que ocurriera, ya que se carece de antecedentes similares acaecidos con anterioridad; y si se trata de juzgar si el proceder en cuestión era apto o idóneo para provocar normalmente un resultado, va de suyo que deben haber existido precedentemente otros varios supuestos parecidos, en los cuales siempre sucediera lo mismo” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “El mito de la causalidad adecuada”, LA LEY 2008-B, 861).

²³ A propósito de ello, se señala que “es preciso recordar que la mente humana no puede advertir relación de causalidad en el hecho singular. Si algo ocurriera solamente una vez, lo único que podríamos alcanzar a captar es una sucesión temporal de dos fenómenos, pero jamás podríamos establecer la ligazón que los une” (FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 233). Un buen ejemplo de lo apuntado resulta, el caso de un producto con que se fabricaban maderas en Alemania, altamente tóxico, bióxido gama hexaclorociclohexan, supuestamente protector contra parásitos que luego del paso del tiempo, pudo sospecharse el vínculo con ciertas enfermedades en la piel y en las mucosas. En las demandas civiles de daños y perjuicios se debatió la complejidad para determinar la relación causal entre el producto tóxico y las enfermedades padecidas por las víctimas. Luego de varias décadas se prohibió su uso (FIERRO, G., *op. cit.*, p. 415).

los ciudadanos a fin de no vulnerar con su actuación u omisión los derechos de los particulares.

En esta instancia, como anticipamos, creemos oportuno analizar la posibilidad de establecer un vínculo entre el principio precautorio y el derecho al medio ambiente sano consagrado constitucionalmente, y en su caso, analizar si la figura de estudio puede utilizarse como herramienta de protección.

Previo a ello, estimamos relevante destacar que la salud y el medioambiente, constituyen bienes objetos de protección tanto desde nuestro orden constitucional, art. 41, como desde los instrumentos internacionales.²⁴ Se trata sin duda de derechos fundamentales, es decir, aquellos vinculados a la esencia de la persona humana.²⁵

Desde esta perspectiva, nos interesa poner de manifiesto que el reconocimiento por el constituyente de la existencia de derechos como los mencionados, suponen al mismo tiempo un ensanchamiento en el listado de obligaciones o deberes que pesan sobre el Estado y frente a los cuales debe darse una respuesta adecuada. Ciertamente, a raíz de ello la Administración se ve afectada en la búsqueda de instrumentos que permitan la realización de aquellos derechos que entusiastamente consagra, surgiendo en numerosos supuestos una distancia entre las declaraciones y el goce efectivo.²⁶

3.1 La protección de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los llamados derechos fundamentales de primera categoría,²⁷ demanda un perfil de Estado como garante de la libertad individual y la

²⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce en el art. XI el derecho a la salud, estableciendo que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". En la misma orientación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en el art. 12: 1. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para : a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medioambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

²⁵ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa en sus considerandos que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos*, Revista de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 242 y ss.

²⁷ Independientemente de las categorías ético-jurídicas en que puedan clasificarse los derechos fundamentales o humanos, comparten un mismo génesis: el respeto por la dignidad humana. Se trata de derechos universales y preexistentes (GUARIGLA, Carlos E., *El conflicto entre los derechos fundamentales, Bases para una interpretación*, AMF Editorial y librería jurídica, Montevideo, 2007, p. 37 y 38. MASSIMINO, Leonardo, "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *XXXVIII Jornadas nacionales de derecho administrativo "Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos"*, Buenos Aires, RAP, 2013, XXXV, p. 189).

propiedad privada, que arbitre los medios jurídicos protectores de tales prerrogativas.²⁸ Desde esa posición, la responsabilidad civil, no puede perseguir otro objetivo que la reparación del daño imputable a título de culpa.²⁹

Con la crisis del Estado liberal, y el advenimiento del constitucionalismo social, se fomenta el surgimiento de derechos de aquella índole, orientados ya no a limitar el avance de un Estado absoluto, sino en vías de la protección de la persona y su dignidad.³⁰

En este contexto eclosionan los derechos de segunda y tercera generación, es decir, aquellos de carácter económicos, social y cultural cuyo principal prestador es el Estado Social.³¹

El reconocimiento de los derechos de cuarta generación, se manifiestan como consecuencia de la expansión tecnológica, en tal sentido se mencionan prerrogativas referidas a la protección del medioambiente sano o los vinculados a consumidores, y participación ciudadana.³²

Como se puede advertir, el acogimiento por parte del orden normativo de la mentada categorización de derechos fundamentales, pone en jaque la idea de un Derecho de Daños cuya estructura se limita a reparar el perjuicio causado. En el mismo marco de referencia, se redefine el concepto de propiedad privada, adquiriendo una función social que la limita.³³

La protección constitucional a la salud o al medioambiente³⁴ supone admitir la insuficiencia de la función clásica de la responsabilidad civil, exhibiendo la necesidad de un rol preventivo ante el daño.

²⁸ La finalidad del Estado de Derecho, parece orientarse a la protección del individuo contra el propio Estado, asumiendo un rol abstencionista, abocado a la regulación normativa de los derechos y garantías individuales (GUARIGLIA, C., *op. cit.*, p., 42 y sgts.).

²⁹ Cabe destacar que tal preeminencia como elemento fundamental de la responsabilidad no fue un acontecimiento aislado del sistema francés, sino que se proyectó en la mayoría de los códigos europeos que surgieron durante el Siglo XIX y XX. Como muestra de ello puede traerse a colación el Código Civil Italiano de 1865 que siguiendo los lineamientos del sistema galo, en su art. 1151, estableció la obligación de resarcir a aquel que por su culpa había causado el daño. SILVA AGUIAR, Roger, *Responsabilidade Civil, A culpa, o risco e o medo*, San Pablo, Editorial Atlas, 2011, p. 153.

³⁰ RORDRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental a la buena Administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, *XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo “La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza”*, Buenos Aires, RAP, XXXIV, p. 20.

³¹ GUARIGLIA, C., *op. cit.*, p. 43.

³² *Ibidem*.

³³ En este sentido, se señala que la protección del medioambiente, precisa de un uso racional de la propiedad privada, armonizado con el bienestar general, incompatible con el reconocimiento de un derecho absoluto e ilimitado (MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño ambiental en el derecho privado, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I. p. 59 y sgts.).

³⁴ Expresa la doctrina, que “en la responsabilidad común no se puede activar el mecanismo de la responsabilidad si no existe un daño patrimonial o personal, determinado y directo. Pero si aplicáramos este principio en todos los casos de daños ambientales no se conseguiría la finalidad prevista por la Constitución: la protección y restablecimiento del entorno ambiental” (HUTCHINSON, Tomás, Responsabilidad pública ambiental, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T. II, p., 31).

Desde hace tiempo, se señala que las “técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos”.³⁵

En ese marco, se vislumbra la necesidad de anticipación del daño para dar respuesta acabada a una protección de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, deviene oportuno recordar la reflexión de SCHMIDT-ASSMAN en torno a la estructura de los derechos fundamentales. En tal sentido, señala que éstos presentan una doble dimensión: defensiva, en tanto y en cuanto no es admisible la injerencia del Estado, y protectora, la cual reclama *per se*, la acción del poder público en la efectiva concreción de objetivos para la plena efectividad de los derechos fundamentales, de suerte que no se conviertan en simples declaraciones de buenas intenciones.³⁶

Desde esta perspectiva, donde los derechos fundamentales representan mandatos de protección para los individuos,³⁷ podemos reflexionar sobre el alcance con que debe interpretarse el art. 4 de la ley 25.675, que consagra, como se sabe, el deber de precaución.

La mentada normativa, expresa en el art. 4º: Principio de precaución: “Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medioambiente”. Como se advierte, la regulación del deber de precaución en la mentada disposición, coloca al Estado en una situación muy compleja, puesto que no le está permitido abstenerse de intervenir excusándose ante la ausencia de certeza sobre el peligro de daño.

La ley es terminante, puesto que la indiferencia de la Administración ante el supuesto regulado, no puede ampararse ante la causal antedicha. La única salvedad que permite al poder público regular su actuación es la referida a los costos.

3.2 El rol del Estado frente al principio precautorio y el derecho constitucional al medioambiente sano

El art. 41 de nuestra Carta Magna declara: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que

³⁵ MORELLO, Augusto M., STIGLITZ, Gabriel A., Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia, La Ley, 1987-D, p. 365.

³⁶ Schmidt-Assman señala que “junto a la *prohibición de exceso* – propia de la dimensión defensiva de los derechos fundamentales- se puede hablar hoy también de la *prohibición de omisión* que resulta de la vertiente protectora de los mismos derechos” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 73).

³⁷ GUARIGLIA, C., *op. cit.*, p. 90.

las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Al respecto, se señala que “no puede hablarse de una fórmula meramente declarativa, carente de efectos en el plano de la realidad jurídica”, al punto que la afectación del derecho al ambiente “genera la responsabilidad estatal por las conductas lesivas del derecho ambiental que ocasionen daños a las personas”.³⁸

El reconocimiento de un derecho para todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y equilibrado; impone claramente a las autoridades la obligación de velar por la utilización racional de los recursos naturales, a través de políticas de control de corte preventivo.³⁹ Esta consagración trae aparejada una serie de conflictos vinculados a su operatividad, puesto que en numerosos supuestos la dificultad de lograr una adecuada protección hace desvanecer su implementación efectiva.

A este complejo panorama debe sumarse lo delicado de los bienes jurídicos protegidos, puesto que determinadas lesiones pueden ser irreversibles, sin posibilidad de recomposición posterior. Por este motivo, la mentada disposición enuncia que el daño ambiental “generará prioritariamente la obligación de recomponer”.

En este sentido, resulta oportuno recordar que los derechos enunciados no constituyen simples aspiraciones u objetivos políticos, sino que como auténtico derecho reclama una adecuada protección a como contrapartida.⁴⁰

Con esta mirada, se señala que “la imposición de los deberes constitucionales es una de las características del Estado social que necesariamente acompaña al reconocimiento de los derechos sociales”.⁴¹ Por este motivo, los “sujetos al deber constitucional no sólo deben omitir cualquier conducta lesiva del ejercicio del derecho a disfrutar del ambiente, sino que están obligados a contribuir con su preservación”.⁴²

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *El daño ambiental colectivo*, La Ley, 2004-E, p. 1426.

³⁹ HUTCHINSON, Tomás, “Los daños al ambiente y el derecho administrativo”, en A.A.V.V. *Revista de derecho público*, 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 145.

⁴⁰ ROSATTI, Horacio D., *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, 2007, Rubinzal-Culzoni, p. 52.

⁴¹ HUTCHINSON, Tomás, “Responsabilidad pública ambiental”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I, p. 270.

⁴² *Idem*, p. 271.

Siguiendo esta orientación, resulta sencillo visualizar que el derecho al ambiente contemplado en el art. 41 de la C.N., representa una directiva para orientar la conducta no sólo de particulares, sino principalmente del Estado.

De este modo, el compromiso de proteger al ambiente surge no sólo de la dimensión protectoria propia de los derechos fundamentales, ya que de otro modo se tornan ilusorios o inconsistentes, sino que particularmente en el supuesto de análisis, la propia norma emplaza a las autoridades en un rol activo para la plena efectividad del derecho allí consagrado.

Así, el mandato de actuación para la Administración queda claramente delimitado por la naturaleza del derecho en sí, que requiere de modo indispensable la tutela pública. En este sentido, vale la pena recordar que más allá de la norma reglamentaria, las disposiciones constitucionales poseen un valor imperativo *per se*, a tal punto que en ausencia de legislación que regule el mandato supremo, habrá de aplicarse en forma directa, máxime cuando se trata de un deber determinado.⁴³

No obstante ello, en el campo de análisis, es decir, de la responsabilidad del Estado por daño ambiental, y centrándonos en referencia al deber de precaución, el debate sobre la procedencia de tal obligación se ve simplificado por la existencia de normativa que regula la materia.

Teniendo presente lo señalado, advertimos que la ley 25.675 en su art. 4º impone un deber general de extrema prudencia, al expresar que la ausencia de certeza científica sobre la peligrosidad del daño “no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Como se aprecia, la norma no califica el sujeto de la regulación,⁴⁴ sino que centra su estructura sobre el presupuesto fáctico: la carencia de certeza científica frente a un riesgo de daño. A pesar de ello, no podemos soslayar que el origen de este deber de prudencia incrementado, se vincula a la necesidad de establecer una estándar de actuación para el Estado. En tal sentido, si bien podría afirmarse que el mentado deber, pesa sobre cualquier persona,⁴⁵ física o jurídica, pública o privada, no podemos soslayar que, le cabe al Estado un patrón de exigencia mayor ello como consecuencia de la función de control que ejerce mediante el poder de policía.⁴⁶

Desde esta visión, se impone a la Administración un deber de prudencia en su actuación vinculada al medio ambiente, no necesariamente identificable con la

⁴³ HUTCHINSON, T., *op. cit.*, p. 295 y 296.

⁴⁴ Ello a diferencia de los instrumentos internacionales antes mencionados, donde expresamente se refieren a “los Estados” (Declaración de Río) o “Las Partes” (Convención Macro de las Naciones Unidas).

⁴⁵ En las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 30 de septiembre 2011, donde se dijo que el principio precautorio “está dirigido tanto al Estado, como también a los particulares”.

⁴⁶ Tal prerrogativa es definida como la potestad “propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias del bien público o del interés general” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 T. IV p. 709).

necesidad de aplazar la actividad privada sino de encauzarla adecuadamente de modo que resulte compatible con el goce efectivo de derechos constitucionales, buscando el llamado “desarrollo sustentable” a partir del incentivo de modos alternativos más seguros.⁴⁷

Entonces, si el principio precautorio constituye un deber para la Administración, cabe cuestionarnos si su incumplimiento genera responsabilidad, cuando a raíz de su inobservancia se derive un daño a los particulares. Si la responsabilidad civil como instituto incluye la tutela resarcitoria e inhibitoria, es decir la prevención, ¿Puede utilizarse la precaución en este ámbito acotado del ordenamiento jurídico, para evaluar la conducta del Estado en relación a la protección del derecho constitucionalmente consagrado?

Considerando que el tema planteado resulta ampliamente opinable, creemos acertado sostener que cuando el deber de prudencia establecido en el art. 4º es ignorado, pese a haberse corroborado los requisitos normativos (sospecha de un riesgo grave e irreversible, falta de certeza científica, necesidad de tomar medidas urgentes para impedir su concreción), surge inexorablemente la posibilidad de reclamar la responsabilidad para el Estado.

Desde un enfoque atravesado por el principio de precaución, donde el factor temporal juega un rol fundamental, la demora en la toma de decisiones por parte de las autoridades podría resultar perjudicial.⁴⁸

En los daños medioambientales y en materia de salud pública, nos encontramos frente a una problemática signada por la dificultad de recomposición *in natura* y la degradación como una proyección para las generaciones futuras. En estos casos la indemnización dineraria cumple una función casi simbólica si no va acompañada de un plan de recomposición, el cual puede resultar en determinados casos, de imposible realización por lo irreversible de la alteración provocada.

Por ello, las medidas anticipatorias cobran una relevancia extrema en el ámbito aludido, de allí que sin lugar a dudas, el deber de precaución se presenta como una pauta de actuación que el Estado no puede eludir.

Referencias

- ADORNO, Roberto. “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”, J.A. 2003-III, p. 967.
- CAFERATTA, Néstor A. “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo III, p. 533 y ss.
- CAFFERATTA, Néstor A. “Naturaleza jurídica del principio precautorio”, R. C. y S. 2013 IX, 5.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El daño ambiental colectivo, La Ley, 2004-E, p. 1426.

⁴⁷ ADORNO, R., *op. cit.*, p. 967.

⁴⁸ CAFERATTA, Néstor A., *op. cit.*, p. 551.

- CASSAGNE, Juan Carlos. *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- GOLDEMBERG, Isidoro H., y CAFFERATTA, Néstor A., “El principio de precaución”, J.A. 2002-IV-1443.
- GUARIGLA, Carlos E. *El conflicto entre los derechos fundamentales, Bases para una interpretación*. Montevideo: AMF Editorial y librería jurídica, 2007.
- HUERTA FERRER, Antonio. *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948.
- HUTCHINSON, Tomás. “Los daños al ambiente y el derecho administrativo”, en A.A.V.V. *Revista de derecho público*, 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 145.
- HUTCHINSON, Tomás. “Responsabilidad pública ambiental”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. “El mito de la causalidad adecuada”, LA LEY 2008-B, 861.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos. *Revista de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 242 y ss.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 T. IV.
- MASSIMINO, Leonardo. “La dignidad de la persona como principio del derecho público”, *XXXVIII Jornadas nacionales de derecho administrativo “Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos”*, Buenos Aires, RAP, 2013, XXXV, p. 189.
- MORELLO, Augusto M.; STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia, La Ley, 1987-D, p. 365.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T.I.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás; DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, T.I.
- PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 1.
- PIZARRO, Ramón Daniel. *Tratado de la responsabilidad objetiva*. La Ley: Buenos Aires, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “El derecho fundamental a la buena Administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, *XXXVII Jornadas nacionales de derecho administrativo “La persona humana y la administración pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza”*, Buenos Aires, RAP, XXXIV.
- ROSATTI, Horacio D. *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 2007.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SILVA AGUIAR, Roger. *Responsabilidade Civil, A culpa, o risco e o medo*. San Pablo: Editorial Atlas, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia. El principio precautorio como fuente de responsabilidad estatal frente a los derechos fundamentales. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 45-63, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.845.
