

Esta situación no resulta confortable para los ISP, pues, en la práctica, podría suponer la imposición de un deber de cuidado general que, a su turno, aumentaría considerablemente los costos operativos del proveedor.

Atendida la relevancia de la actividad de los proveedores para el acceso a la Red y las ventajas que se han reconocido a la utilización de ésta, tanto desde el sector público como desde el privado, parece sensato legislar acerca de la responsabilidad de los ISP. Lo más cercano que existe hasta el momento a un proyecto de ley sobre el tema es el Capítulo 17 del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, diseñado siguiendo cercanamente el modelo de la DMCA. Si bien esta normativa disminuye el actual grado de incertidumbre sobre la responsabilidad de los ISP⁷⁴, no resulta claro que su contenido resulte totalmente deseable para el caso chileno. Una opción más aconsejable parece ser la exploración con mayor amplitud del Derecho Comparado, especialmente en el caso europeo, en busca de reglas compatibles con el entorno jurídico chileno y los diversos equilibrios que las reglas de responsabilidad de los ISP deberían procurar conseguir. Se trata de una opción menos sencilla, pero, me parece, más fructífera.

⁷⁴ Aunque debe advertirse que su aplicación en los Estados Unidos no ha estado exenta de problemas y críticas. Sobre esto puede consultarse YEN (n. 25) y J. BRETAN, "Harboring Doubts About the Efficacy of § 512 Immunity Under the DMCA". 18 Berkeley Tech. L. J. 43, 2003.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN FRENTE A LOS VIEJOS CONCEPTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*

*Gonzalo Figueroa Yáñez***

I. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

El tema de este artículo se relaciona con el nuevo principio de precaución (como se ha formulado hacia fines del siglo XX), en tanto ese principio puede repercutir en los viejos conceptos de la responsabilidad civil (como han venido formulándose desde fines del siglo XVIII). Naturalmente que no explicaremos aquí estos viejos conceptos ni las escuelas de la imputabilidad o de la responsabilidad subjetiva, y del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva, que derivan de aquellos conceptos. Todo ello se entiende de sobra conocido por el lector, así como los esfuerzos que se vienen desarrollando para fusionar la responsabilidad civil contractual con la responsabilidad civil extracontractual.

En cambio, estimamos interesante explicar el principio de precaución, su origen, su definición o conceptualización y sus elementos, los que son aún novedosos en nuestro medio. A continuación, resaltaremos algunos aspectos de este principio de precaución que pueden repercutir sobre los viejos conceptos de la responsabilidad civil hasta ahora en boga.

II. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1 Origen del principio

Algunos autores fijan el origen del principio de precaución (*vorsorgeprinzip*) en Alemania en la década de los setenta, y en relación con el resarcimiento

* El presente artículo es un resumen de la ponencia que el autor presentó al seminario sobre el Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho que tuvo lugar en Bilbao (España) los días 7 y 8 de octubre de 2002, el que fue convocado y organizado por la cátedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano que dirige el profesor Carlos María Romeo Casabona, de las universidades de Deusto y del País Vasco.

** Profesor titular de Derecho Civil en las universidades de Chile y Diego Portales.

de los daños originados por productos químicos respecto de los cuales los efectos no resultan visualizables sino después de transcurrido un largo tiempo. Otros ven el origen de este principio en los riesgos provocados por la industria nuclear, en relación con el principio ALARA adoptado en 1973 por la Comisión Internacional de Protección Radiológica. También se ha sostenido que el principio se originó en la Conferencia de Estocolmo de 1972, sobre el Medio Ambiente humano. Finalmente, se ha señalado la Convención de Viena de 1985, sobre Protección de la Capa de Ozono, como la primera implementación del principio de precaución en el Derecho Internacional¹. En la Declaración Ministerial de la 2ª Conferencia Internacional para la Protección del Mar del Norte, de 1987, se utiliza el término 'precaución' en el sentido que se le da en la actualidad: el principio tiene aplicación tan sólo en un contexto de incertidumbre científica, y constituye una proposición de acción preventiva sobre la fuente de un peligro futuro.

En la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, se consagró el Principio 15 a esta materia;

“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 e 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”.

Desde entonces, el principio de precaución ha sido reiteradamente invocado en acuerdos internacionales, en directivas de la Comunidad Europea y en legislaciones internas de varios países, así como ha sido objeto de resoluciones de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea². El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, del año 2000, señala que sus objetivos se formulan “de conformidad con el enfoque de precaución que figura en el

¹ Dominique BOURG y Jean-Louis SCHLEGEL, *Parer aux risques de demain - Le principe de précaution*, Paris, Editions du Seuil, 2000, pp. 139, 140 y 141.

² Para una revisión de los acuerdos, directivas, leyes internas y sentencias que se han referido o han acogido el principio de precaución, véase Salvador Darío BERGEL, “La introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil” y “El principio precautorio y los riesgos en cultivos de variedades transgénicas”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 17 (en prensa). Con el mismo objetivo, véase también Carlos María ROMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 88 y 89.

Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”.

Todas estas invocaciones del principio de precaución deben entenderse en el contexto de la acentuación de riesgos, a veces de efectos desastrosos, que caracterizan a nuestro tiempo. El fin del siglo XX y los inicios del siglo XXI se han caracterizado por la producción de daños cuantiosos, que han sido a veces consecuencia de decisiones humanas. Dice Bergel a este respecto que:

“en forma sostenida a lo largo de las últimas décadas, se han privilegiado sistemas y tecnologías de producción que han conducido al planeta a una situación límite (contaminación del aire y del agua, erosión de los suelos, recalentamiento de la Tierra, disminución de la capa de ozono y aumento de las radiaciones, pérdida de la diversidad biológica, etc.)”.

Como consecuencia,

“el principio se inscribe en una nueva modalidad de relaciones del saber y del poder. La edad de la precaución –se ha señalado– es una edad en la que se reformula la exigencia cartesiana de la necesidad de una duda metódica. Revela una ética de la decisión necesaria en un contexto de incertidumbre”³.

2 El principio de precaución: concepto y elementos.

Un informe francés para el Primer Ministro de ese país señala que el principio de precaución

“define la actitud que debe observar cualquier persona que tome una decisión relativa a una actividad respecto a la que se puede suponer razonablemente que comporta un peligro grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente. Dicho principio concierne especialmente a los poderes públicos que deban hacer prevalecer los imperativos de salud y de seguridad sobre la libertad de intercambio entre los particulares y entre los Estados”⁴.

³ BERGEL (n. 2), p. 6.

⁴ Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution - Rapport au Premier Ministre*, 15 de octubre de 1999, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 81.

El concepto recién transcrito nos parece extremadamente vago. Pensamos que esa vaguedad proviene de un deseo de abarcar muchas ideas dentro de una sola definición. Quisiéramos formular a su respecto las siguientes consideraciones:

- a) Dicha definición impone a “cualquier persona” una exigencia de cuidado, diligencia o advertencia, si emprende una actividad que pueda considerarse gravemente peligrosa en ciertos campos que la propia definición señala. Esa persona corresponde normalmente a una empresa, corporación o sociedad, tanto del sector público como del sector privado. Hasta aquí, el principio de precaución no hace más que repetir el antiguo concepto de imputabilidad subjetiva contenido en los códigos civiles clásicos, que exige de todos una conducta diligente y ponderada, bajo pena de responder de los perjuicios que se causen por una conducta negligente o descuidada.
- b) En su segunda parte, la definición pretende cubrir, además, las conductas preventivas que corresponden al Estado o a sus funcionarios, cuando les impone que hagan prevalecer “los imperativos de salud y de seguridad sobre la libertad de intercambio entre los particulares y entre los Estados”. En esta parte, la definición se aparta del problema de responsabilidad que abordó en la primera, para establecer ciertas reglas de políticas públicas.
- c) La definición restringe la aplicación del principio de precaución tan sólo a los campos de la salud y de la seguridad de las generaciones actuales o futuras y del cuidado del ambiente. A nosotros nos parece que no corresponde restringir a ciertas actividades específicas la responsabilidad de las empresas que realizan acciones peligrosas, ni radicar en esas pocas actividades la acción preventiva del Estado respecto de conductas peligrosas⁵. Por el contrario, pensamos que –ponderando debidamente el riesgo probable– la acción preventiva del Estado debe extenderse a cualquiera actividad peligrosa, respecto de la cual está siempre habilitado para tomar las decisiones imperativas que la prudencia aconseje, incluida la paralización y prohibición de la actividad peligrosa, si fuere necesario. En este sentido, pensamos con Godart que el principio de precaución no llega a constituir para el Estado una regla jurídica que éste deba respetar, sino que constituye más bien “una fuente de orientación para los poderes públicos con el fin de asegurar una correcta toma de decisiones en relación con la autorización de determinadas actividades que implican un riesgo hipotético y no evaluable,

⁵ El profesor ROMEO CASABONA (n. 2), p. 81. ya había advertido esta tercera circunstancia

pero de graves consecuencias”⁶. Tampoco es posible aminorar la responsabilidad de la empresa que produjo el daño por imprudencia o falta de previsión, con el pretexto de que el Estado –llamado a prevenir el riesgo– no tomó a tiempo las medidas adecuadas para prohibir o precaver la actividad dañosa.

Según dice Bergel, el principio de precaución –en cuanto al Estado se refiere– tiende a extremar los deberes de conducta de los encargados de políticas públicas, pero no aminora en un ápice la responsabilidad de los directivos de empresas ante determinadas acciones que ponen o potencialmente pueden poner en peligro la vida o la salud de las personas o proyectarse a las generaciones futuras⁷. En este entendido, el profesor argentino se inclina por considerar el principio de precaución como un principio esencialmente político, si bien reconoce sus fuentes jurídicas⁸.

En lugar de definir lo que debe entenderse por principio de precaución (la definición es siempre un proceso dificultoso), los autores franceses Dominique Bourg y Jean-Louis Schlegel prefieren resaltar sus elementos: la magnitud de los daños potenciales que producirá la actividad que se emprenderá, y la incertidumbre de un riesgo nuevo, sin experiencia científica previa⁹. Quisiéramos recalcar la vecindad lingüística de los términos ‘incertidumbre’ e ‘imprevisibilidad’, a pesar de que etimológicamente no significan lo mismo. En efecto, quien tiene una certeza o certidumbre “sabe” algo específico acerca de algún objeto o acontecimiento. Quien declara su “incertidumbre” declara tajantemente no saber. En cambio, en el caso de la imprevisibilidad, se declara tan sólo la imposibilidad de prever, esto es, de ver con anticipación. Más adelante nos preguntaremos –frente a la regla jurídica que exige de responsabilidad extracontractual a quien causa un daño imprevisible– si el principio de precaución, que contiene el elemento de la incertidumbre, no servirá a las empresas causantes de graves perjuicios biológicos o ecológicos, para eximirse también de su responsabilidad por los daños que hayan causado.

El problema que el principio de precaución tiende a solucionar queda así bosquejado. Pensamos que las palabras de Beck sintetizan claramente el dilema:

“Si no podemos saber nada sobre los efectos de la investigación, actividad o producción industrial –tal como ya sucede en los campos de la

⁶ ROMEO CASABONA (n. 2), p. 84, quien cita a Olivier GODART, “Réflexions sur la nature du principe de précaution”, en Internet, p. 2 y ss.

⁷ BERGEL (n. 2), p. 1.

⁸ *Op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁹ BOURG y SCHLEGEL (n. 1), pp. 145 y 146.

tecnología genética y de la genética humana—, si ni el optimismo de los protagonistas ni el pesimismo de los críticos están basados en un saber, ¿debemos dar luz verde al desarrollo tecno-industrial o debemos frenarlo? ¿La imposibilidad de saber debe ser interpretada como una licencia para actuar o por el contrario, como base para dilatar actividades, para moratorias y quizás para la decisión consciente de no actuar?¹⁰

III. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN FRENTE A LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Consideraciones generales

En un espléndido artículo presentado al congreso internacional organizado por la Facultad de Derecho de la UNED, que tuvo lugar en Madrid en noviembre de 2000, el profesor Carlos María Romeo Casabona ha procurado confrontar el nuevo concepto de precaución con los principios básicos del Derecho Penal¹¹. Nosotros procuraremos hacer lo propio en relación con los principios básicos de la responsabilidad civil.

En primer lugar debemos excluir de este análisis las funciones y atribuciones que corresponden al Estado, en cuanto a prohibir o permitir ciertas actividades peligrosas, de alto riesgo actual o futuro, o que sean capaces de producir daños cuantiosos, irreparables o irreversibles. Las políticas públicas deberán ser dictadas en los países democráticos por decisión de las mayorías y en vista del bien común, y escapan, como es obvio, a los ordenamientos que rigen las actividades entre privados, objeto de cualquiera legislación civil. Ya hemos adelantado, por lo demás, que a nuestro entender la actividad preventiva del Estado se extiende a cualquier campo donde pueda estimarse que existe algún riesgo colectivo, y que éste está habilitado incluso para imponer la paralización y prohibición de cualquiera actividad que pueda poner en peligro el bien común. La inactividad o el silencio del Estado que no prohibió o reglamentó alguna actividad que después resultó en daños considerables no puede ser esgrimida por el causante directo de aquellos daños como una causal de exención o de disminución de su propia responsabilidad. Todo hechor debe responder siempre del daño que causa.

En cuanto se refiere al resarcimiento del daño causado por la empresa, corporación o sociedad que —sin tomar las precauciones debidas— lo produ-

¹⁰ Ulrich BECK, *Los nuevos riesgos y la dificultad de actuar*, Montevideo, mimeógrafo, 1999, citado por BERGEI (n. 2), p. 10.

jo, pensamos que los experimentos peligrosos de resultado incierto que se están realizando actualmente en el planeta, afectan a los tres elementos clásicos de la responsabilidad civil: la imputabilidad, el daño y el nexo.

Si aplicamos a esta empresa, corporación o sociedad los conceptos de la culpa o del dolo, propios de la escuela subjetiva de la responsabilidad, deberíamos ser capaces de imputarle a lo menos culpa si queremos hacerla responsable del daño causado, conscientes que el caso fortuito o fuerza mayor constituirá para ella una eximente de responsabilidad. Y si entendemos por caso fortuito o fuerza mayor “el imprevisto a que no es posible resistir”¹², deberemos convenir que aquellas acciones riesgosas a que se refiere el nuevo principio de precaución se encuentran muy cerca de constituir esta eximente de responsabilidad, por el elemento “incertidumbre” que siempre las acompaña.

En estas circunstancias, parece conveniente adoptar los criterios de la escuela objetiva de la responsabilidad o del riesgo creado, y prescindir de los antiguos conceptos de culpa y caso fortuito, para hacer responsable siempre a aquél que creó el riesgo, cualquiera que haya sido la conducta preventiva que haya seguido. Lo que tenemos que plantearnos para resolver adecuada y justamente el caso es si, frente a un daño cuantioso producido, debe soportar la pérdida la víctima o el autor del daño. La respuesta no puede ser dudosa, y aconseja, en consecuencia, la adopción del criterio objetivo de la responsabilidad civil. Este criterio permite retroceder en la cadena causal, de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño, sino en el acto que genera el riesgo¹³. Es el riesgo que se ha creado el que genera la responsabilidad, ajeno incluso a la relación de causalidad, al nexo causal, que pudo existir entre aquel riesgo y el daño que en definitiva se produjo.

“La necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre las conductas referidas y los daños que potencialmente pueda generar, conduce necesariamente a adelantar los tiempos de intervención del derecho. Cuando el carácter novedoso de una técnica hace presagiar un daño de suficiente entidad —tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo— cabe actuar, aún a falta de evidencia científica sobre la existencia del daño en sí o sobre la relación de causalidad entre conducta y daño temido”¹⁴.

¹¹ Romeo Casabona (n. 2).

¹² Artículo 45 del *Código Civil*.

¹³ Así lo propone Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 1999, p. 84 y ss.

¹⁴ BERGEI (n. 2), p. 2.

Finalmente, el principio de precaución afecta también el tercer elemento de la responsabilidad civil: el daño, que en este caso, puede ser excesivo y, por tanto, hacer imposible la reparación. En esta parte, parece importante recalcar el concepto de prevención, privilegiándola frente al concepto de resarcimiento, el que debe empezar a actuar tan sólo ante el fracaso de la primera. Este concepto de prevención incluye el recurso a la institución del seguro, que puede permitir a la empresa causante del riesgo afrontar el pago de los perjuicios producidos.

2. Conclusiones

- a) Nadie ha propuesto jamás que –por existir en el mundo experimentos peligrosos y actividades de riesgo extremo– se deroguen las reglas clásicas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en virtud de las cuales el que causa un perjuicio a otro, debe indemnizarlo. Si esas reglas han de conservarse para el que causa daños pequeños, fácilmente resarcibles, no parece razonable derogarlas o amoinrarlas para aquel que causa perjuicios excesivos, invocando para ello el nuevo “principio de precaución”.
- b) La responsabilidad civil que habrá de ser mantenida para todos los que causen daños, habrá de devenir –para los casos de mayor trascendencia– en una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual el que genera un riesgo debe asumir la reparación de los daños generados por dicho riesgo. “Aquel que introduce el riesgo debe preverlo y si no toma suficientes precauciones, en particular la de abstenerse, debe ser declarado responsable”.
- c) Las ideas anteriores no significan en absoluto un empobrecimiento o disminución del campo en que hoy se aplican los principios de la responsabilidad civil. Por el contrario, significan tan solo la profundización de una tendencia nacida en la época de la industrialización, que planteó el reemplazo de la responsabilidad subjetiva por la responsabilidad del riesgo creado, y que hoy tiene aplicación en diversas actividades del quehacer humano.
- d) El principio de precaución tiene su campo de aplicación especialmente en las políticas públicas de seguridad social, que tienen por misión evitar peligros imprevistos o daños excesivos, en cuya implementación el Estado no puede estar sujeto a otras limitaciones que aquéllas impuestas por el bien común.
- e) En el caso que el Estado no haya adoptado para un cierto asunto en particular, una política de precaución, prevención o resguardo, esa pasividad o silencio no puede constituir para el que generó el riesgo y

produjo el daño, una circunstancia que pueda exonerarlo de responsabilidad o disminuir aquélla que le corresponda asumir por el riesgo creado.

- f) Si el daño probable pareciera excesivo para la empresa que generó el riesgo, ella deberá exacerbar su prevención, para lo cual no parece inadecuado recurrir a la institución del seguro, que permite difundir el riesgo entre varias aseguradoras.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN DEL HONOR Y LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS

*Carlos Peña González**

RESUMEN

Existe la necesidad de hacer transitar la protección de la privacidad y, en particular, la sanción a las infracciones a la esfera de la intimidad de las personas, desde el Derecho Penal hacia la reparación civil. La legislación nacional, a la luz del Derecho Comparado, presenta importantes vacíos que justifican una legislación especial. La propuesta legislativa en trámite hace hincapié en la reparación de la intromisión ilegítima a la esfera de la intimidad por sobre el daño. Por otra parte, debe tenerse presente una distinción fundamental entre las personas públicas y aquellos sujetos privados, cuestión que incide en la intensidad de la protección legal.

Se me ha solicitado un informe en Derecho acerca de la protección civil de la intimidad o la privacidad, con especial referencia al mecanismo del pago de daños morales o no pecuniarios. La consulta se origina en un proyecto de ley –en actual tramitación–¹ cuyo objetivo principal es desplazar la protección de la intimidad o la privacidad desde la técnica del Derecho Penal a la técnica del Derecho Civil. En vez de enfatizar la aplicación de penas, ese proyecto favorece la aplicación de indemnizaciones. En rigor, el proyecto no despenaliza los atentados a la privacidad o intimidad; pero crea incentivos para que quienes hayan sido objeto de intrusión prefieran la vía civil. Este informe intenta juzgar los aspectos técnicos de ese proyecto y sugerir –cuando ello es necesario– algunas mejoras.

En términos generales, el proyecto que he tenido a la vista –que sigue muy de cerca la legislación española– establece un derecho a la reparación en dinero para el caso de verificarse una “intromisión ilegítima” en la esfera

* Decano Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Boletín* 2370/07.