

## COVID-19 y principio de precaución

(Breve comentario a un fallo de la Justicia de Brasil)

*Adriana Bestani*

**Introito:** Mientras la totalidad del pueblo argentino está sufriendo los efectos de esta cuarentena en pro de mantener a raya este enemigo invisible que es el coronavirus, el Sr. Presidente del país vecino de Brasil pretende llevar adelante una campaña absolutamente contraria a la del slogan “Quédate en casa” que se esparce por casi todo el mundo afectado por este virus. La suya es aquél que reza: “El Brasil no puede parar”, en un claro menosprecio por la salud y vida de los habitantes de ese país y en una clara preferencia por mantener a salvo los intereses económicos<sup>1</sup> por sobre aquellos que, resulta evidente y fue muchas veces recalcado por la doctrina, son básicos y prioritarios en cuanto son condición de goce y ejercicio de los demás bienes y derechos.

No estamos insinuando aquí que haya que desestimar los aspectos económicos; la Economía misma resulta afectada sobremanera por este virus y es sabido que el desarrollo económico es un ángulo importante en el triángulo de la sostenibilidad (junto al aspecto ambiental y social). Sin embargo, la campaña publicitaria brasileña (aún no lanzada oficialmente) está tomando un pulso falso a la urgencia e invirtiendo las prioridades y los valores, a nuestro modo de ver. Un “modo de ver” que es compartido por la mayoría del pueblo de Brasil, por la totalidad de los gobernadores de sus Estados y, en fallo reciente, por la Justicia de ese país.

**El caso:** En efecto, frente a la decisión presidencial de efectuar la campaña citada y anticiparla desde sus oficinas gubernamentales a través de redes sociales, el Ministerio Público Federal interpuso una acción civil pública contra la Unión. Un pedido de tutela provisoria de urgencia (art.300 CPC) para que, entre otras providencias, se abstenga el gobierno de Bolsonaro de vehicular piezas publicitarias relativas a aquella campaña. Así dice el fallo (en traducción propia, del portugués): “Alega el Ministerio Público Federal que la referida campaña instaría a los brasileiros a volver a sus actividades normales, sin que la campaña esté basada en documentos técnicos que indicasen que esa sería la medida adecuada, considerando el estado actual de pandemia del Covid-19 en Brasil, lo que podría agravar el riesgo de diseminación de la dolencia en el país”. Se sustenta la petición en que vehiculizar la campaña “sería contraria a los principios de precaución y de prevención, aplicables al derecho a la salud”; que “la

---

<sup>1</sup> “Es la vida. Todos vamos a morir algún día... Brasil no puede parar...”; “el empleo es esencial”. Citas textuales según El Universal, con fuente en agencias de noticias de San Pablo. “Lo siento, algunas personas morirán, morirán, así es la vida, dijo Bolsonaro en una entrevista televisiva” (www.infobae.com: “Bolsonaro visita un mercado para insistir en que ‘Brasil no puede parar’”).

---

propaganda sería abusiva y no informativa”; que “habría ilegalidad y violación del principio de finalidad en la referida campaña”; que “habría un comportamiento contradictorio de la Unión, específicamente a la luz de una decisión del ministerio de Salud, Orden Ministerial N°454/2020”.

Cabe aclarar que no sólo el Ministerio de Salud ha actuado. También en Economía se han tomado medidas paliativas de los desfasajes de este tipo que la cuarentena provoca o pudiere provocar en los ciudadanos más vulnerables.

**El fallo:** La Justicia fue expeditiva en grado sumo. La acción fue interpuesta a las 21:35 del día 27 de marzo pasado y la resolución sale un día después a las 4:30 hs.<sup>2</sup> La Jueza Laura Bastos Carvalho, de Rio de Janeiro, admite una de las peticiones del citado Ministerio y, en consecuencia, manda al Gobierno abstenerse de publicitar tal campaña.

El pedido del Ministerio es relatado por la misma sentencia. Este consistió en:

1.- Liminarmente, a título de tutela de urgencia: a) Abstenerse de vehiculizar por radio, televisión, periódicos, revistas, sitios o en cualquier otro medio físico o digital pautas publicitarias relativas a la campaña antes citada, o cualquier otra que sugiera a la población brasileña comportamientos que no estén basados en directrices técnicas emitidas por el Ministerio de Salud, con fundamento en documentos públicos, de entidades científicas de notorio reconocimiento en el campo de la epidemiología y de la salud pública; b) abstenerse, en todos los perfiles oficiales vinculados al gobierno federal en redes sociales, aplicativos de mensajes y cualquier otro canal digital, de compartir o de cualquier otra manera, fomentar la divulgación de informaciones que no estén estrictamente basadas en evidencias científicas en los términos del pedido anterior; c) divulgar, en el plazo de 24 hs., en todos los canales físicos o digitales, de comunicación social, y en distintos (medios) masificados en redes sociales y aplicativos de mensajes, nota oficial en versión escrita, hablada (audios) y filmada (videos) en que reconozca que la campaña publicitaria “El Brasil no puede parar” no está fundada en informaciones científicas de modo que su tenor no debe ser seguido por la población o por las autoridades, como base o fundamento para decisiones sobre la salud pública; d) promover campaña de información respecto de las formas de transmisión y prevención del Covid-19, según las recomendaciones técnicas actuales, en el plazo de 15 días a contar desde la intimación de la decisión que determina la medida. 2.- Hasta que se haga la divulgación apuntada en el ítem anterior y como medida cautelar y de ejecución por subrogación, que se oficie a las empresas responsables por las redes sociales “Facebook”, “Twitter”, “YouTube” e “Instagram” y por

---

<sup>2</sup> Redactamos este artículo el 31/3/2020.

---

los aplicativos de mensajes de “WhatsApp” y “Telegram” para que: a ) promuevan actos tendientes a impedir el tráfico de contenidos de audios, videos e imágenes relativos a la campaña citada en sus aplicativos y redes sociales, mediante soluciones técnicas que no permitan la realización con su acceso de “upload” o publicaciones de las materias de campaña, cesando la medida en tanto sean efectivizadas las providencias constantes en los subítems a, b, y c del ítem 1.; b) utilicen soluciones técnicas adecuadas para que no sea posible indexar contenido (tag) o agregar múltiples posts de terceros o de usuarios de las redes sociales y aplicativos de mensajes a partir de los marcadores (hashtags) “voltabrasil” o “elbrasilnopuedeparar” o #elBrasilNopuedeparar#; c) publiquen periódicamente por medio de sus aplicativos y redes sociales inclusive mediante disparos en masa de mensajes como medida de contrapropaganda, para fines de esclarecimiento de la población brasilera el siguiente mensaje: “El distanciamiento social debe ser mantenido hasta que el Poder Judicial brasilero posea exámenes (pruebas) y base científica suficientes para un gradual retomar de las actividades. Los países que demoraron hacer eso registran millares de muertes y el colapso de sus sistemas de salud por causa del Covid-19. Permanezca en casa. Ayude a salvar vidas”. Requiere finalmente que todos los pedidos arriba formulados sean determinados con pena de multa conminatoria no inferior a cien mil reales diarios.

La Jueza verifica que los hechos están acreditados (la campaña viene siendo promovida por medio de hashtags en publicaciones oficiales del gobierno federal, bien por medio de divulgación de video. Analiza algún material publicitario). Considera que las publicaciones, si bien desprovistas de contenido informativo o educativo, contienen material que pueden transmitir orientación social. En segundo lugar, toma en cuenta el argumento de Ministerio Público Federal: ese mensaje sería abusivo, en la medida en que induzca a la población a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud.

En la sentencia se aluden a datos científicos, actualizados, respecto de la situación provocada por el Covid-19 (enfermedades, muertes, curva evolutiva de la enfermedad desde el primer caso verificado; declaración de estado de transmisión colectiva del coronavirus en todo el territorio nacional por medio de la Orden del Ministerio de Salud ya citada, de fecha 20 de marzo de 2020).

Estima la Jueza, en base a un gráfico que se presenta en la misma sentencia (lo destaco por no ser usual en nuestros tribunales), que el achatamiento de la curva de casos es indicado por la comunidad científica como medida necesaria para que el sistema de salud mantengan su capacidad de tratar a los enfermos, so pena de entrar en colapso, el que resultaría en un número mucho mayor de muertes –tanto

---

por el Covid como por otras causas- como bien lo ha resaltado el Ministerio Público en su petición inicial. Analiza datos científicos de los posibles resultados de la medida de distanciamiento social, etc.

Luego de analizar la prueba científica y de ponderar las probables consecuencias de la acción que se pretende evitar, entra, entonces, en el terreno normativo, aludiendo sin mayores vueltas, a los dos principios ejes del Derecho Ambiental: el principio de precaución (en adelante PP) y el de prevención. Entiende que ellos son aplicables en el Derecho a la Salud, según ya lo tiene decidido el Superior Tribunal de Justicia en caso que cita(ADI 5592). Se apoya también en doctrina (Leme Machado, Lavielle) para decir que: “En caso de duda o incerteza, también se debe actuar previniendo. Esa es la gran innovación del PP. La duda científica no dispensa la prevención. El PP consiste en decir que no solamente somos responsables sobre lo que sabemos sino sobre lo que deberíamos haber sabido y también sobre lo que deberíamos dudar”. Y: “En la duda se opta por la solución que proteja inmediatamente al ser humano y conserve el medio ambiente (in dubio pro salud y pro natura)”. “Así, en el análisis preliminar del pedido de tutela de urgencia, se verifica que el incentivo para que la población salga a las calles y retome su rutina, sin que haya un plan de combate de la pandemia definido y ampliamente divulgado puede violar los principios de precaución y de prevención, pudiendo, incluso, resultar en una protección deficiente del derecho constitucional de la salud, tanto en su vía individual como colectiva. Y esa protección deficiente impactaría desproporcionadamente en los grupos vulnerables, especialmente, la gente de mayor edad (los ancianos) y los pobres. En ese sentido, se ha demostrado el riesgo de la publicación de la campaña El Brasil no puede parar, que confiere estímulo para que la población retorne a la rutina en contra de las medidas sanitarias de aislamiento preconizadas por autoridades internacionales, estatales y municipales, en la medida en que impulsaría aumentar el número de casos de contagio en el país”.

Entiende la Jueza que la adopción de medidas más blandas que las adoptadas tendría como consecuencia un probable colapso de los sistemas públicos y particulares de salud; que la repercusión que tal campaña alcanzaría, si es promovida ampliamente por la Unión, sin la debida información sobre los riesgos y potenciales consecuencias para la salud individual y colectiva, podría traer daños irreparables a la salud de la población.

Concluye, entonces, concediendo en parte la tutela de urgencia admitiendo lo solicitado en el punto 1.- a) anterior imponiendo sanciones conminatorias también peticionadas en caso de incumplimiento de la orden (100.000 reales por infracción). Con respecto a las demás pretensiones explicitadas *ut supra* en el pedido de tutela de urgencia entiende que deberán ser analizadas por los jueces

---

naturales, por no verificar riesgo inminente que justifique la actuación del juzgado de feria. Ordena la intimación con urgencia para el cumplimiento inmediato de la medida requerida.

**PP y Derecho a la Salud:** Aplaudimos un fallo que aplica el PP en relación directa con la salud de los habitantes del suelo brasilero. Lo venimos diciendo desde hace muchísimos años: el PP se aplica al Derecho de la Salud en nuestro país, y hemos dado razones para ello. Nos preguntábamos entonces si los derechos a la vida, salud, integridad física y seguridad humanas podrían encontrar protección de modo directo con base en el PP; si éste podría ser invocado a tales efectos *sin conexión directa con el ambiente* y si el PP afectaría e incidiría de alguna manera en el Derecho de Daños. Entendíamos que la respuesta era positiva. Al brindar la respuesta positiva (el PP puede invocarse en Derecho Privado sin conexión directa al ambiente) partí liminarmente de dos premisas, a saber: a) la aplicación del PP debe estar restringida a sólo los supuestos que presentan incertidumbre científica y daño grave, irreparable -aplicación acotada-; b) la aplicación del PP puede darse en cualquier rama del Derecho donde confluyan aquellos, sus dos elementos -aplicación extendida-. Es decir que, allí donde se unan la incertidumbre científica, la gravedad, e irreversibilidad del daño; allí donde estén en juego, ya no el ambiente sino aquellos derechos fundamentales de la persona humana en tanto que tal (sujeto de protección específica del Derecho Privado) debería poder aplicarse el PP. Esta protección se dará entonces, no sólo respecto del ambiente (arts. 240/241 CCCN) sino también de aquellos bienes básicos y fundamentales (vida, salud, integridad física y seguridad) cuya protección debe, en principio, priorizarse<sup>3</sup>.

Por respeto a este principio y al de prevención, la campaña oficial bajo el slogan “Brasil no puede parar” no gozaría de fundamento racional a nivel jurídico. Ambos principios citados por el fallo comentado mandarían a “abstenerse” de realizar actividades que podrían poner en riesgo a la población. En caso de duda (aunque la apoyatura científica en el caso es abrumadora) corresponde abstenerse de una acción que podría dañar irreparablemente la salud. A su turno, la decisión del Ministerio de Salud (el Ministro se opuso a las declaraciones de Bolsonaro) encuentra adecuado fundamento en este principio de cautela que refuerza el acto administrativo que sobre él se funda. Sobre esto, el punto que sigue.

**PP y Acto Administrativo:** La actuación presidencial va contracorriente de todos los datos científicos y consejos de expertos, de la información epidemiológica, médica y de los principios de cautela y prevención en que la sentencia se funda, que en Brasil adquieren plena vigencia. Las

---

<sup>3</sup> Para ver ello, consultar BESTANI, Adriana Principio de Precaución. Bs.As., Astrea, 2012 y Principio de Precaución y Seguridad Alimentaria. Una nueva protección en favor del consumidor. Bs.As. Ed. Platense. 2018.

---

actividades publicitarias desde las oficinas presidenciales y por redes sociales van, también, a contrapelo de un acto administrativo, cual es el adoptado por el Ministerio de Salud del país vecino.

La decisión de la Justicia fue sostener este acto ministerial pues sus medidas están suficientemente fundadas en los principios citados; respetan el derecho a la vida y a la salud de los ciudadanos; son adecuadas para dar algún tipo de respuesta exitosa a los efectos de la pandemia.

En otra oportunidad analizamos la relación entre el PP y los actos administrativos. Dijimos que aquellos que se fundamenten en él para limitar ciertos derechos, adquieren la fortaleza que emana del principio y no serán fácilmente pasibles de revocación. El PP, así, “fortalece este tipo de actos en los casos en que sean limitativo de derechos, precisamente por la presencia de la incertidumbre sobre la inocuidad de la actividad, emprendimiento, producto o proceso al que pone coto y en tanto la duda sobre esta inocuidad no haya podido ser solventada por el emprendedor”. Que, por el contrario, aquellos actos de la Administración que no lo contemplen, aunque fuere para desestimarlos *fundadamente* en el caso, yendo adelante con una decisión adoptada, pueden ser pasible de revocación toda vez que “se ha dicho que este principio ha hecho evolucionar el control de legalidad de los actos de la Administración al *incorporar la falta de certeza entre los intereses a tomar en cuenta al ejercer el control de proporcionalidad...*”... “Ahora, frente a la duda sobre la inocuidad o no de un producto, proceso o actividad, frente a la incerteza científica y la eventualidad de que ellos provoquen un daño grave o irreversible al ambiente, la presunción de legitimidad del acto administrativo cede en virtud de este principio. Es que, como se dice en la mayoría de los casos, el derecho ambiental ha priorizado la tutela preventiva o la reparación in natura sobre la actuación ex post. La prevención adquiere una importancia suma respecto al papel que puede jugar o que juega efectivamente en otras ramas del Derecho. *Los derechos a un medio ambiente sano, a la salud, a la calidad de vida se imponen*”.

“El PP justifica así, actos prima facie, prohibitivos de derechos, de actividades hasta el momento lícitas, y aun cuando más adelante se compruebe que la medida administrativa adoptada carecía de razón de ser (a la luz de nuevos adelantos científicos). De este modo, existirán fallos que echarán por tierra actos administrativos sobre la base del PP y otros que, sobre la misma base, lo sostendrán, calificándolos de razonables y legales, frente a algún reclamo del interesado”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BESTANI, A., Principio de Precaución. Citado. “El PP –inserto en la ley de presupuestos mínimos ambientales como principio ambiental- es elemento de interpretación de la racionalidad y ‘legalidad’ del acto administrativo de tal manera que un acto de la Administración que conceda autorizaciones, permisos, concesiones o decida alguna forma de actuación sin atender a este principio estaría siendo un acto de la administración susceptible de ser impugnado con éxito -en tanto la no existencia de racionalidad en él- ante los tribunales de justicia, como de hecho ha pasado en la gran generalidad de los casos,

---

**In dubio pro Salud y pro Natura:** Aplaudimos también el fallo en tanto en cuanto ante la duda, se pronuncia por la protección de los derechos a la salud y al medio ambiente. Recordemos que “in dubio pro natura” es un principio según el cual "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, *dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos*" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN- Río de Janeiro, 2016, la bastardilla nos pertenece). Principio éste que nuestro más alto Tribunal de Justicia del país hubo aplicado expresamente *in re*: “Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” (11/7/2019). Criterio que se esconde, además, entre los pliegues de la precaución y su principio expresamente admitido en el art. 4 de la LGA.

**PP y Deber de Información:** Vincula también el fallo, la medida que se pretende impedir con un instrumento clave de gestión, cual es la información. Así, luego de apoyare en el argumento de la actora que califica de abusiva la propaganda oficial y no informativa, sostiene que la repercusión que tal campaña alcanzaría, si es promovida ampliamente por la Unión, sin la debida información sobre los riesgos y potenciales consecuencias para la salud individual y colectiva, podría traer daños irreparables a la salud de la población.

---

según emerge de una simple lectura al Apéndice Jurisprudencial de esta obra. Igualmente, aunque en una cantidad mucho menor de casos, puede suceder que se impugne el acto administrativo por haberse aplicado efectivamente el PP, por haberse adoptado algún tipo de medida precautoria -con la consiguiente restricción de derechos individuales que ella generalmente implica- en situaciones carentes de sus supuestos de hecho (ver x.ej: el caso “Chunjin vs. Municipalidad de San Francisco en Apéndice Jurisprudencial). La revocación del acto administrativo se producirá, esencialmente, allí donde se haya afectado algún derecho o libertad individuales sin sustento o con violación a los principios de proporcionalidad, coherencia, no discriminación, coste-beneficio (principios que guían la gestión del riesgo incierto como vimos), exista de algún otro modo arbitrariedad de la decisión, o cuando se haya rebasado los límites de la amplia facultad de apreciación que en materia de gestión de riesgos inciertos le atribuye el PP...En definitiva: el PP puede traer aparejadas consecuencias en el contexto del control judicial de validez del acto administrativo. Y así, en los casos concretos, puede ceder el principio de presunción de legitimidad de un acto administrativo, cuando en ocasión del control de discrecionalidad que ejercite el Poder Judicial sobre aquél, se demuestre la irrazonabilidad del acto por no respetar el principio precautorio. También pueden existir omisiones antijurídicas de la Administración por falta de respeto del PP, que no solo actúa como condicionante de la validez de actuaciones estatales, sino también, en ciertos supuestos, como circunstancia que impone una conducta activa a la Administración pública en pos del resguardo de los derechos y garantías que aquel principio compromete. Hay que tener en cuenta la función o misión de garante de la salud, salubridad, etc. de la población que desempeña el Estado en ciertos casos y atender a la consecuente obligación de "actuar" so pena de incurrir en omisión generadora de responsabilidad estatal”.

---

En este sentido, cabe tener presente que el PP exige una vuelta de tuerca en el deber de informar: pide que se dé a conocer no sólo los riesgos previsibles y ciertos -campo de la prevención- sino también los riesgos potenciales o sospechados -campo de la precaución-. En este sentido, elogiamos la sentencia que considera la información de *riesgos potenciales*, siendo congruente con la aplicación del PP. Sin embargo, en el caso, el contenido de la información que pudiere acompañarse al slogan “Brasil no puede parar”, no da satisfacción a la finalidad de la acción pues ella sola no impediría el contagio, si, como manda la campaña, la multitud brasilera saliera a las calles. Es que la naturaleza misma de la medida a que se urge en la campaña (no parar) sería muy probablemente nociva para la salud de la población y es ella misma contraria a la información que se requiere dar.

Un buen uso de este instrumento de gestión para la toma de decisiones, de este derecho-deber que es la información sería, por ej., *aplicar la información de riesgos potenciales en casos en donde la duda recae sobre la existencia misma del riesgo*, de manera tal que se deja a cada habitante decidir qué decisión tomar (lo postulamos en el caso de los alimentos transgénicos: informar a la población y dejar que se decida<sup>5</sup>, como una manera armónica de resolver las grandes tensiones en juego alrededor de los OGM). En la situación del Covid-19, limitarse a informar no sería una medida proporcionada a los resultados que se quieren obtener (evitar el contagio, la enfermedad y la muerte) pues la duda no recae ya sobre la existencia o naturaleza del riesgo (conocidos, cierto) sino sobre la probabilidad y verdadera dimensión de sus efectos concretos (más allá de otras incertidumbres en torno al mismo: origen, sanación, recaídas, etc.). Por tanto, un criterio para discernir la naturaleza de la medida a aplicar es tener en cuenta el grado de incertidumbre que presente el objeto: si ella recae sobre la existencia misma de riesgo o daño (medidas más laxas, menor afectación de derechos) o si lo hace sobre la probabilidad de daño o evidencia de relación de causalidad; si ya existen daños; si se conoce su naturaleza (medidas más grave, mayor afectación de derechos; pero siempre constituir la mejor alternativa, la de menor “costo” en sentido amplio, que resulta ser el caso que nos ocupa). Y todo ello porque un principio hay que no debe ser olvidado: el de proporcionalidad.

**Conclusión:** Nos encontramos ante un fallo digno de encomio por la rapidez en su resolución; por la claridad y puntualidad de sus fundamentos (profundizar sobre ellos u ofrecer otro tipo de razones seguramente habrían ido en desmedro de la urgencia); por el firme reenvío al juez natural para pretensiones que no contenían el mismo tono imperativo en la premura de la decisión; por la imposición

---

<sup>5</sup> Ver BESTANI, A, *Principio de Precaución y Seguridad Alimentaria....*, cit.



---

de sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento y, finalmente y por sobre todo, por el contenido de lo decidido que, esperamos intensamente, quede firme y sea acatado.

Vinculado a esto último, cierro con palabras de nuestra la CSJN, que se aplicarían *mutatis mutandi* al fallo comentado. En “Salas, Dino” expresó que lo importante es "el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de esto últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional..." "pues le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales (...). No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial, cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos....".