

## “Algunas reflexiones para re - observar el problema ambiental”<sup>12</sup>

### I| Introducción

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorpora la problemática ambiental en su artículo 41<sup>3</sup> como uno de los “*Nuevos Derechos y Garantías*”, lo que podría ser leído en clave de “indicio” de un proyecto “progresista” que se presenta en “convivencia” con un proyecto político de raigambre neoliberal, consustanciado con el momento histórico en que se desarrolló la convención constituyente<sup>4</sup>.

Podría pensarse que se plasma aquí una suerte de “promesa” basada en la lógica del acceso a los derechos desde una mirada de tipo antropocéntrica<sup>5</sup>. En este caso, bajo la

---

<sup>1</sup> Berros, María Valeria. Abogada Especialista en Derecho de Daños. Becaria Doctoral (UNL – CONICET). Docente en Introducción a la Sociología y docente ordinaria en Derecho Civil II. Integrante del grupo de investigaciones sobre “Bio-regulaciones” del Centro de Investigaciones en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral.

<sup>2</sup> Quiero agradecer especialmente a Guillermo Moro por aquella “conversación porteña” tan enriquecedora, motivadora y a la vez divertida, como cada vez y, por supuesto - y sin olvidar los acontecimientos - por su compañía.

<sup>3</sup> El artículo 41 establece: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que 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 aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”*

<sup>4</sup> En la década del noventa, a las leyes de desregulación económica y privatizaciones, se suman una serie de normas que coadyuvan al avance de un modelo extractivo - exportador. En 1993 se aprueba la Ley de Inversiones Mineras N° 24.196, en 1997 se suscribe el Tratado de Integración y Complementación Minera entre Argentina y Chile, dentro del cual se inserta el proyecto Pascua Lama. Asimismo, en 1996, se autoriza la variedad de soja genéticamente modificada tolerante al herbicida glifosato (Resolución 167/1996 S.A.G.P.yA.) iniciándose así una rápida expansión de este cultivo.

<sup>5</sup> La Constitución de Ecuador, recientemente reformada, reconoce derechos a la naturaleza en su artículo 71, alejándose del paradigma antropocéntrico: *“La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza...”*. Se destaca que *“...la reivindicación de la naturaleza forma parte de un proceso de recuperación de las más antiguas*

“consigna” del “derecho a un ambiente sano” ensamblado con el mecanismo de tutela que la misma reforma incorpora, el amparo previsto por el artículo 43, como vía privilegiada en el tránsito hacia un posible camino “emancipador”.

Este “*derecho a*” se conjuga con una serie de dispositivos que refieren a un tema tradicionalmente confinado al derecho privado, el problema del daño.

Se parte de una racionalidad eminentemente preventiva, lo que se refuerza en los contenidos de la denominada “Ley General del Ambiente” (en adelante LGA)<sup>6</sup> que considera la prevención y la precaución como dos principios fundamentales de la política ambiental<sup>7</sup>. Por otro lado, se postula la recomposición de los perjuicios de modo prioritario, todo lo cual obliga, necesariamente, a revisitarse el problema del daño, que fuera pensado originariamente en términos de reparación.

Se torna ineludible indagar cómo se articula esta lógica en el sistema, para coadyuvar a esclarecer su funcionamiento, considerando que su eje estaría dado por el propio contenido del artículo 41. Éste, se transformaría en “vértice principal” para trabajar un problema cuya naturaleza intrínseca pone en cuestión “maneras de operar” fuertemente arraigadas.

De hecho, se insertan en esta norma elementos que se alejan del modo de pensar el derecho tal y como fuera “construido modernamente” (Santos, 2003), mediante, por

---

*tradiciones de Ecuador y de América toda. Se propone que el Estado reconozca y garantice el derecho a mantener y regenerar los ciclos vitales naturales, y no es por casualidad que la Asamblea Constituyente ha empezado por identificar sus objetivos de renacimiento nacional con el ideal de vida del sumak kausai. Eso significa, en lengua quichua, vida armoniosa: armonía entre nosotros y armonía con la naturaleza, que nos engendra, nos alimenta y nos abriga y que tiene vida propia, y valores propios, más allá de nosotros...”* (Galeano, 2008)

<sup>6</sup> La llamada “Ley General del Ambiente” es la Ley 25675/2002 establece los presupuestos mínimos de la Política Ambiental Nacional. Esta reforma constitucional incorpora un deslinde de competencias mediante el cual las autoridades nacionales determinan los “presupuestos mínimos de protección” y las provincias lo “necesario para su complementación”, lo cual ha dado lugar a profundos debates en cuanto a si no se estaría ingresando en el ámbito de las potestades no delegadas por las provincias a la Nación. Ello considerando los artículos 121 CN y 124 CN que establecen, respectivamente, que las provincias conservan el poder no delegado y que poseen el dominio originario sobre los recursos naturales que existen en sus territorios.

<sup>7</sup> Esta ley incorpora, además de estos principios a los que se refiere específicamente por su trascendencia para repensar la relación entre el problema del daño y el daño ambiental, otros principios igualmente relevantes: principio de congruencia, principio de equidad intergeneracional, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de subsidiariedad, principio de sustentabilidad, principio de solidaridad y principio de cooperación (art. 4 LGA).

ejemplo, la incorporación de nuevos sujetos: *las generaciones futuras*; de una modalidad diferente de concebir el tiempo: ya no de modo lineal sino *ensamblando el futuro con las decisiones del presente*, de un razonamiento en términos *colectivos* y no individuales (Sozzo, 2006). Se infiere así que el problema ambiental tiene raigambre “no moderna”, “a-moderna” (Latour, 1997) o “posmoderna” y el derecho, en cierta medida y con diversas variantes y dificultades, así lo traduce.

La arquitectura delineada en el proyecto constitucional, se presentaría como una suerte de “sendero a transitar”. Ofrecería alguna “potencialidad emancipadora” cuya “realidad” dependería de diversos factores. Uno de ellos, el propio potencial del derecho como herramienta de emancipación social, cuestión que forma parte de un debate no saldado. En esta discusión, es interesante la reflexión que considera que el derecho no es intrínsecamente emancipador o no, sino que son emancipatorios o no “...*los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas...*” (Santos, 2009: 610). Si se toma esa idea, aunque sin profundizar en la discusión de fondo, pero considerándola como marco general para efectuar reflexiones, podríamos construir algunas preguntas. Indagar, por ejemplo, cuáles son las posibilidades de que los “operadores del derecho”<sup>8</sup> pudieran contribuir con algún aporte y, si se responde afirmativamente, delinear algunas propuestas.

A 15 años de la constitucionalización de “lo ambiental”, existen muchos aspectos a desandar, todos ellos relevantes, de entre los cuales se abordará específicamente la problemática del “daño ambiental”. Esta elección se efectúa con un doble objetivo que requiere, a la vez, dos aproximaciones.

La primera, sobre la cual se trabajará *in extenso*, consiste en escrutar las condiciones de reflexión teórica que dan cuenta de la traducción del problema ambiental en el ámbito del derecho, siendo que el mismo ensambla dos campos epistemológicamente diferenciados, como son el derecho de daños y el derecho ambiental, todo ello en conjunción con su proceso de constitucionalización. Para llevar a cabo esta tarea, se realiza

---

<sup>8</sup> La expresión “operadores del derecho” se utiliza aquí de modo amplio, para hacer referencia a quienes trabajan “en el ámbito” de lo jurídico, entendiendo por tales a los abogados y las abogadas, los jueces y las juezas y quienes se dedican a la producción de conocimiento en el área de la dogmática jurídica.

un recorrido por los diferentes “paradigmas de tratamiento social de riesgos” (Ewald, 1997) con el objeto de indagar, luego, en los problemas de la reparación, prevención y precaución interrogando los puntos de contacto o discrepancia para trabajar la intersección “daño” y “ambiente”.

La segunda, se presenta a título de breves reflexiones con el objeto de recrear algunos interrogantes que permitan visualizar que pasa más allá de las normas y sentencias con “lo ambiental”. Es decir, preguntarse si no sería necesaria la generación de espacios que permitan no sólo el estudio “de los papeles” sino, también, que habiliten uno o varios pasos más, pasos que muchas veces resultan difíciles porque podrían señalar cuáles son los desafíos que aún permanecen como tales.

## **II| Desandar el “problema ambiental” para re-pensar el “daño ambiental”**

La problemática medioambiental comienza a delinearse en el contexto de una serie de eventos que generan consecuencias dañosas de gran magnitud y, en muchos casos, de carácter irreversible, sucedidos hacia fines del siglo XX<sup>9</sup>. La propia naturaleza intrínseca de estos daños y su traducción en el campo del derecho, asume un alto nivel de complejidad y plantea una serie de desafíos para los “operadores jurídicos”. Entre ellos, reconstruir las bases del microsistema del daño ambiental para delinear y potenciar estrategias. Ello requiere repensar las “vías litigiales” así como, también, imaginar nuevos canales para aportar en la gestión de “lo ambiental”. En este último caso, se torna especialmente relevante la “imaginación institucional” (Unger, 2004) en la proyección de alternativas.

Con anterioridad a la reforma constitucional, se sostenía que el problema ambiental formaba parte de sus contenidos “implícitos”<sup>10</sup>. Por su parte, en una primera etapa, las

---

<sup>9</sup> Martine Rémond – Gouilloud presenta estos eventos como “*los grandes miedos*”, destacando la epidemia causada por desechos de mercurio en 1959 en Minimata (Japón), el encallamiento del “Torrey Canyon” en 1967, el escape de dioxina de Seveso en las cercanías de Milán en 1976, un nuevo encallamiento de un buque petrolero en norte de Bretaña en 1978, el accidente de la central nuclear de Three Miles Island en 1979, las consecuencias del esparcimiento del agente naranja durante la guerra de Vietnam, la evacuación en 1980 de la ciudad de Love Canal (Estados Unidos) construida sobre un antiguo depósito de productos químicos, el accidente de Bhopal causado por un escape fabril en 1984, el accidente nuclear de Chernobil y el incendio de un depósito de pesticidas en la ciudad de Sandoz en 1986, el derrame de petróleo del “Exxon Valdez” en 1989 (Remond- Gouilloud, 1994).

<sup>10</sup> En ese sentido, se sostiene que se visualizaría este tema “... en los objetivos constitucionales de proveer de la defensa común (lo que incluye el ambiente), promover el bienestar y en el derecho a condiciones dignas y

normas “protectorias” referían a los recursos naturales fragmentariamente<sup>11</sup>. En un segundo momento, se expande la idea de “ambiente” considerado de modo amplio y global, consolidándose, de este modo, miradas que campean entre un derecho de los “recursos naturales” y un “derecho ambiental”<sup>12</sup>. Se da cuenta de diversos dispositivos para la gestión de este tipo de riesgos, a los cuales responden diferentes tecnologías jurídicas, muchas de ellas positivizadas en nuestro ordenamiento jurídico.

En 1994 se constitucionaliza este tópico en Argentina, lo cual adquiere relevancia práctica no sólo por la “jerarquización” en sí misma, sino por la apertura de un canal importante para razonamientos y argumentaciones derivados del contenido mismo del articulado de la Constitución<sup>13</sup>. Se incorpora la “perspectiva constitucional” para pensar el “daño ambiental” que se encuentra en la intersección entre dos ámbitos, el derecho ambiental y el derecho de daños.

Ambos responden a racionalidades constitutivas diferentes lo cual exige delinear de qué manera se relacionan y funcionan. El primero, se ha consolidado a partir de un

---

*equitativas de labor y el acceso a una vivienda digna del artículo 14 bis. Además es uno de los derechos no enumerados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno a que se refiere el art. 33, cuando atribuye al Gobierno Federal sofocar toda hostilidad entre provincias (Art. 109) lo está facultando para reprimir cualquier agresión al ambiente de otra provincia o a la simple modificación hostil de la circulación de recursos naturales como el agua o las especies vivas entre provincias...” (Valls, 1993: 69).*

<sup>11</sup> Las primeras regulaciones protegen puntualmente recursos, por ejemplo, la Convención de París de 1902 sobre protección de animales útiles para la agricultura, ligando la protección al criterio de utilidad. Luego, se da paso a una etapa en la que se protege “lo natural” a modo de “santuario” o de “especies - reliquia”, para pasar sí posteriormente a una regulación que considera al medioambiente de modo integral, lo que se visualiza con claridad a partir de la Convención de Estocolmo de 1972 (Ost, 1997).

<sup>12</sup> Eduardo Pigretti (1993) sostuvo la idea de un derecho de los recursos naturales. Por otra parte, se piensa en la consolidación de una teoría general del derecho ambiental. Lorenzetti, retomando algunas de sus ideas respecto de las normas fundamentales en derecho ambiental, explica el fenómeno de emergencia de lo que denomina “paradigma ambiental” (Lorenzetti, 2008).

<sup>13</sup> Esto sucede a la vez en el campo del derecho del consumidor que es una problemática también constitucionalizada en la reforma de 1994. El caso “*Ferreyra, Víctor c/VICOV S.A.*” (CSJN – 21-3-2006) puede ser analizado desde esta perspectiva, “...produce un razonamiento que lleva a la decisión que se deriva completamente de la norma fundamental. Se trata, desde mi punto de vista, de una auténtica constitucionalización del Derecho del Consumidor, pues más allá de la referencia a la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional, en el caso la decisión es “pensada” y argumentada desde la Carta Magna...” (Sozzo, 2009:378). Del mismo modo, puede estudiarse el caso “*Mosca, Hugo c/ provincia de Buenos Aires y otros*” (CSJN – 06-03-2007), como una manifestación del proceso de constitucionalización del derecho de daños, especialmente, en la problemática de los daños en el campo ante-contractual introduciendo la idea de relación de consumo (art. 42 CN) como eje central de la argumentación del Tribunal (Sozzo, 2009).

conglomerado de derechos que campean lo privado y lo público; a lo que se suma la necesaria “salida” del ámbito jurídico y la interrogación de otras disciplinas para abordar más finamente esta problemática híbrida (Latour, 1997). El segundo, originariamente pensado como “derecho de la responsabilidad civil” - presentado como sistema autosuficiente y codificado<sup>14</sup> - , luego devenido en “derecho de daños”, no fue pensado para este tipo de problemas. Cabe destacar que cuando se refiere al derecho de daños, no se lo hace como sinónimo de derecho de la responsabilidad civil, debido a que ambas denominaciones corresponden a concepciones diferentes. El derecho de daños asume funciones que exceden al clásico derecho de la responsabilidad civil - concebido como herramienta de reparación del daño causado y sanción de la conducta antijurídica y culpable -, abarcando otras nuevas, como la preventiva y la precautoria.

En la intersección daños - ambiente, se observan algunas cuestiones problemáticas que dan cuenta de las diferentes racionalidades a partir de las cuales se constituyen el “sistema del derecho de daños” y el “microsistema del daño ambiental”<sup>15</sup>, y que imposibilitan entender el daño ambiental sólo desde las herramientas que vienen dadas por el “sistema”. El derecho ambiental dentro del que se inserta el problema de los daños ambientales, puede ser leído en clave de un derecho “posmoderno” que, como ya afirmamos, abandona el paradigma “moderno” a partir del que se articularon el derecho de responsabilidad civil y, luego, el derecho de daños. Abandona o procura evitar este paradigma moderno y pone en escena novedosos sujetos - como las generaciones futuras -, piensa en términos colectivos lo que genera la necesidad de construir una teoría general en relación a los bienes colectivos, deja de lado la idea de tiempo lineal basándose en vincular las decisiones del presente al futuro, da cuenta de la noción de naturaleza “tecnificada” abandonando la dicotomía entre hombre y naturaleza, admite la incapacidad de las ciencias

---

<sup>14</sup> Para el análisis del problema de la codificación – descodificación se recomienda la obra de R. Lorenzetti “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*” (Rubinzal – Culzoni, 1995) y el artículo de Gonzalo Sozzo “*¿Es tan importante recodificar?(codificación revisited)*” publicado en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época, Año 1, N°1, 2001.

<sup>15</sup> Se suele presentar el problema del daño ambiental así como, también, el del daño a los consumidores como “supuestos especiales” dentro del derecho de daños. Si se efectúa un análisis más profundo de los basamentos constitutivos de los problemas de consumo y del ambiente, podríamos afirmar que se trata de microsistemas que presentan una racionalidad propia lo cual impide pensarlos como “supuestos especiales” y conduce a repensarlos como “microsistemas” que tienen una lógica propia de funcionamiento sustentada en las especiales particularidades que los caracterizan.

para dar respuestas a todos los problemas, renuncia a la idea de causalidad adecuada, busca construir un sistema basado en la prevención y la precaución y la recomposición, dejando en un segundo plano la reparación (Sozzo, 2006).

## II.1| El “tratamiento social de riesgos” en “diálogo” con el problema ambiental

El tratamiento social de riesgos ha dado lugar a una serie de dispositivos que son trabajados por Francois Ewald<sup>16</sup> quien realiza una suerte de “genealogía” y establece la configuración de tres grandes paradigmas a los que denomina “responsabilidad”, “solidaridad” y “seguridad”, estructurados como resultado de diversas dimensiones políticas, técnicas y filosóficas. Cada uno de estos paradigmas “se corresponde” a diferentes etapas históricas, lo cual es desarrollado de este modo para facilitar la reflexión sobre la composición de la racionalidad que conforma cada uno de ellos<sup>17</sup>. La utilidad de trabajar a partir de esta genealogía se justifica en la consecuente posibilidad de elaborar un esquema que, como se ha afirmado, identifique las disímiles racionalidades y permita la construcción de una herramienta de análisis, dando cuenta de cómo la misma tiene o no la plasticidad suficiente para articularse con la problemática que nos ocupa.

### II.1.a| Sobre la “responsabilidad”. Sanción y reparación como funciones

El “paradigma de la responsabilidad” se desarrolla a lo largo del siglo XIX, y puede ser presentado bajo el adagio “*pas de responsabilité sans faute*”. Plantea como “eje” que cada persona es responsable de sí misma y no se pueden atribuir a otros sujetos los hechos

---

<sup>16</sup> Para profundizar sobre este tema se recomienda la lectura de: Ewald, François. “*L’Etat Providence*”. Grasset. Paris. 1986; “*Responsabilité, solidarité, sécurité*” publicado en *Risques. Assurance, droit, responsabilité*. N° 10 Paris. Avril – Juin 1992 ; “*Philosophie de la précaution*” publicado en *L’Année sociologique*. N° 46 – 2. Paris. 1996 ; “*Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution*” publicado en “*Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*” sous la direction Olivier Godard. Editorial de la Maison des Sciences de l’homme. Paris. 1997 ; “*Le principe de précaution*”. *Que sais je ?* PUF. Paris. 2001 ; “*La société du risque*” en “*Une nouvelle modernité ? Traitements de surface et exploration des profondeurs*”. Cahier LaSer N° 7. Descartes & Cie. Paris. 2001; “*L’ État de précaution*” en *Rapport public du Conseil de Etat. Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*. La Documentation Française. Etudes et documents N° 56. 2005.

<sup>17</sup> A título de advertencia, el referido autor realiza una aclaración de la cual nos apropiamos, en la que afirma “...si la presentación según un desarrollo histórico tiene sus virtudes pedagógicas, corre el riesgo de inducir al error en la medida en que conduce a pensar que todo se transformó al mismo tiempo. La sistematicidad necesaria en la exposición no lo es necesariamente en los hechos. Hay regímenes de responsabilidad diferentes según las especies, los casos, los dominios. Ellos tienen historias diferentes que no obedecen necesariamente a las mismas cronologías...” (Ewald, 1992: 11).

propios. Cada individuo, entonces, responde por sus actos, lo cual se condice con el proceso de expansión de la filosofía liberal de aquel entonces. La figura del responsable es esencial para este paradigma, ubicándose la víctima en un segundo plano. Las funciones principales de este paradigma son la sanción y la reparación del daño causado.

Se presentan como presupuestos relevantes la acción humana y la antijuridicidad<sup>18</sup>, lo que se encuentra plasmado en el Código Civil argentino<sup>19</sup>, armónico con el conjunto de la codificación decimonónica. La relación de causalidad no es central en este esquema y se encuentra muy ligada a la autoría, vinculado a la posibilidad de autorregulación de las conductas humanas. Se trata de probar la autoría a partir de los datos obtenidos de la realidad, en una tarea de reconstrucción del encadenamiento de los hechos productores del perjuicio, mediante el uso de una lógica de tipo causa - efecto, como reflejo del razonamiento articulado por las ciencias naturales. En un primer momento, se piensa la causalidad desde el conjunto de condiciones que dieron lugar al acaecimiento del daño elaborándose la teoría de la “*conditio sine qua non*”. Luego, se reemplaza esta tesis por una serie de teorías individualizadoras que seleccionan - en función de diferentes criterios - una de entre las condiciones que coadyuvieron al acaecimiento del daño. Así se configuran las tesis de la causa próxima, de la condición preponderante o del equilibrio y de la causa eficiente<sup>20</sup>.

Si se entabla un diálogo entre este esquema y el problema ambiental, se visualiza claramente que los parámetros que lo integran no se presentan adecuados. La centralidad de la noción de culpa, la relevancia de un concepto formal de antijuridicidad, así como los modos de pensar la relación causal no permiten dar respuesta a la complejidad que trasunta los daños al ambiente. Asimismo, la idea de función reparatoria y sancionatoria tan

---

<sup>18</sup> La acción humana es estudiada fundamentalmente a partir de la voluntariedad del acto, receptando las teorías del derecho penal. Por su parte la antijuridicidad es subjetiva y formal, dado que requiere de la existencia de una ley expresa que califique como ilícito un acto (Lorenzetti: 2003).

<sup>19</sup> Véase el artículo 1066 del Código Civil que dispone: “*Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiera impuesto*”.

<sup>20</sup> Brebbia realiza un estudio de estas teorías en su obra “*La relación de causalidad*” Juris, Rosario, 1975.



centrales aquí, asumen un lugar secundario en el plano medioambiental que se caracteriza por asignar mayor trascendencia a un obrar *ex ante*.

### **II.1.b) Sobre la “solidaridad”. Asumir una función preventiva**

El segundo paradigma es el de “solidaridad”, que comienza a tomar forma hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX a partir del “caso” de los accidentes de trabajo. Se requiere de la configuración de un nuevo enfoque para dar respuesta a los eventos dañosos y pasa a considerarse esta categoría desde la perspectiva de su repartición, considerando la responsabilidad como un hecho social (Ewald, 1997). Se escinde la idea de causalidad y la de imputación y, además, la conducta del sujeto deja de constituirse como el núcleo del sistema.

Ya no se piensa en términos de culpa sino mediante la lógica de la atribución basada en herramientas de tipo estadístico y actuarial que permiten calcular la regularidad de los riesgos, más allá de la conducta de las personas. Se constituye un esquema de prevención colectiva de riesgos basado en el dispositivo de la solidaridad, cuyo principal instrumento es la figura del seguro. El factor de atribución subjetivo pierde preponderancia y en concomitancia se desenvuelve la emergencia del factor atributivo de carácter objetivo<sup>21</sup>, a través de la consolidación de figuras como el riesgo creado, la equidad, el abuso del derecho, la garantía.

En este marco, los presupuestos trascendentes pasan a ser el daño, con su requisito de certeza como condición para su resarcimiento, y la relación de causalidad. Esta última, ya no se basa en un análisis retrospectivo a partir de datos reales, sino que incorpora la variable de regularidad, de normalidad de los acontecimientos. Se habla así de adecuación de la relación causal.

La idea de prevención de riesgos, ha de ser traducida por la dogmática jurídica como una nueva función del derecho de daños, que consiste en un obrar *ex ante*, para tratar

---

<sup>21</sup> Es necesario señalar, que el tema de la propagación de los factores objetivos de atribución no es un tema al cual F. Ewald haya dado expreso tratamiento, sino que su eje de análisis es la expansión del reparto de riesgos mediante el ensanchamiento de la técnica del seguro y el mayor desarrollo de los cálculos actuariales que lo sustentan.

de prevenir los perjuicios que podrían configurarse. Ya no se piensa en los términos de la responsabilidad civil. De modo que el paradigma de la solidaridad no sólo refiere a la indemnización sino que, también, se presenta como un paradigma de prevención. Se apoya en la confianza en los expertos y en la ciencia que permiten prevenir aquello que es previsible.

Sin perjuicio de haber “asumido” esta “nueva función”, se torna complejo visualizar cuales son las normas que la traducen en el sistema del derecho de daños. Por el contrario, pareciera no haber tecnologías claras que permitan dar cuenta de esta nueva tarea o hacer factible su desarrollo. No existe una regulación específica de carácter preventivo, sino algunas normas aisladas en el Código Civil<sup>22</sup>.

En cambio, en el “microsistema” del daño ambiental esta función puede verse claramente desde el “*deber de preservación*” que establece la Carta Magna, hasta su consideración como uno de los principios que rigen las políticas medioambientales (art. 4 Ley 25675/02) lo cual subyace, también, a algunas de las tecnologías jurídicas que plasma dicha norma. El interrogante consistía en determinar si desde este microsistema se podría exportar esta lógica preventiva hacia el sistema, que carece de una norma genérica de prevención. Ello daría lugar a la necesidad de una reflexión teórica importante para establecer cuáles serían las condiciones de esta exportación, sus límites, ámbito de aplicación y funcionamiento.

### **II.1.c| Sobre la “seguridad” ¿Asumir también una función precautoria?**

El último paradigma es el de la “seguridad”, cuya emergencia se observa hacia fines del siglo XX, asentado sobre la aparición de casos inmersos en un contexto de incerteza científica, en el que se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles. Se configura una vulnerabilidad antes desconocida para los individuos, una suerte de “retorno a las catástrofes”, pero ya no provenientes de la naturaleza, sino de la misma actividad del hombre (Ewald, 1997), proliferan y se globalizan “riesgos manufacturados” (Beck, 2002).

---

<sup>22</sup> Por ejemplo los artículos 2618, 2499, 1071 del Código Civil.

Estos casos, generalmente vinculados al medio ambiente y a la salud humana, denotan la imposibilidad de su gestión mediante los mecanismos que brinda la noción de responsabilidad como dispositivo ya sea de prevención individual o colectiva, ambos sustentados en la previsibilidad, aunque desde diferentes ángulos.

La idea de previsión individual basada en la noción de culpa no se presenta adecuada. Por su parte, la prevención colectiva, en la que se desarrolla la figura del seguro como técnica de repartición, posee una serie de dificultades que tienen que ver con la imposibilidad de funcionamiento de la técnica actuarial que lo sustenta. Ello se debe a que las hipótesis de hecho posiblemente riesgosas no ofrecen las notas de regularidad que requiere la estadística a los fines de su calculabilidad. La función preventiva se torna difícil debido a la carencia de datos e información suficientes. La actitud de prevención sólo puede funcionar sobre riesgos previsibles; sus pilares constitutivos no le permiten dar cuenta de la incertidumbre.

La emergencia de la racionalidad precautoria podría servir como marco para completar la tarea preventiva en casos en los que se trabaja en base a riesgos posibles y, por ende, imprevisibles. Las hipótesis a partir de las cuales se puede entrever esta nueva situación, son cuestiones sobre las que, o bien no es posible aseverar sus consecuencias, como sucede por ejemplo con el caso de los organismos genéticamente modificados; o bien, existe controversia en cuanto a las consecuencias que podrían generar como, verbigracia, en el supuesto de los campos electromagnéticos. Se trata de problemas en los que predomina la incertidumbre o la discusión y de los que el saber experto no puede dar cuenta acabadamente. La incerteza y la controversia ejercen gran influencia en el marco de la vinculación causal así como, también, de la existencia del daño.

En el “sistema” el daño debe ser cierto – independientemente a su carácter actual o futuro - como condición *sine qua non* para su resarcibilidad. Por su parte, la carencia de certitudes no permite ni el establecimiento de una relación de causalidad basada en datos reales - como proponían las primeras tesis sobre el vínculo causal -, ni tampoco en regularidades, debido a la falta de información que sustente el funcionamiento de la estadística.

En este contexto, desde la dogmática se postula - desde una perspectiva sub-paradigmática -, la asunción de una nueva función por parte del derecho de daños, en este caso, precautoria que vendría a sedimentarse junto a las funciones de reparación y prevención ya asumidas. Por otro lado, desde una mirada paradigmática, se propone la necesidad de construir un sistema específico en cuya arquitectura se pueda delinear claramente la lógica que subyace a esta problemática.

El primero de estos caminos propone la recreación de algunas figuras bajo la idea de polifuncionalidad del derecho de daños o, en su caso, de “ambientalización” del mismo (Sozzo, 2006). Especialmente, se necesita de la construcción de nuevos regímenes de causalidad<sup>23</sup>. De entre ellos<sup>24</sup>, destacamos especialmente la alusión a la idea de incertidumbre científica, conformando una “causalidad posible”. Así, se van problematizando conceptos que proponen dejar de lado la relación causal directa y de corte individualista, construida a manera de causa - efecto, y transformar la misma a partir de la incorporación de lo “incierto” y lo “controversial” en su seno constitutivo, recreando el presupuesto de causalidad postulado por el derecho de daños.

---

<sup>23</sup> En este sentido, Néstor Cafferatta enumera una serie de teorías que han nacido en el ámbito de la responsabilidad por daños ambientales, y que tratan de repensar la relación causal a partir de dos ejes fundamentales: la posibilidad de que los efectos nocivos de un agente contaminante se manifiesten a largo plazo y la propagación de efectos perniciosos a través de grandes distancias. Entre ellas, destaca la “teoría holandesa de la causalidad alternativa o disyunta” “...que exime al demandado de probar el nexo causal cuando, dado el elevado número de posibles sujetos agentes, resulta materialmente imposible para la víctima probar quién fue exactamente el que produjo el daño cuya reparación se reclama...”(Cafferatta, 2004:7). De modo análogo, la “teoría norteamericana de la participación en el mercado”, postula que el actor no tiene que probar el nexo causal en el caso en que los demandados sean fabricantes de un producto dañoso a partir del mismo diseño o fórmula. A su vez, refiere a la “teoría alemana de la condición peligrosa”, “...que predica que si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el suceso dañoso, tal acción u omisión puede considerarse como causa eficiente del daño efectivamente ocurrido, según una valoración ex post...” (Cafferatta, 2004:7); a la “teoría de la proporcionalidad”, según la cual la reparación debe ser proporcional a la probabilidad de causación del daño por parte del agente; y a la “teoría de la víctima más probable”, cuyo argumento sostiene que en caso de existir varias personas que alegan haber sufrido un perjuicio, lo que deben probar es la mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad realizada por el demandado.

<sup>24</sup> También hay quienes trabajan la idea de “causas sociales” como “... un factor causal remoto, difuso, múltiple, que en algún sentido realmente significativo está enraizado en y condicionado tanto por las grandes instituciones sociales como el gobierno o las penetrantes prácticas sociales, como por las complejas e interdependientes relaciones de la economía moderna (...) me refiero a que el derecho de la responsabilidad extracontractual tradicionalmente ha ignorado las causas sociales - así definidas - prefiriendo centrarse en las conductas más inmediatas y ostensiblemente generadas de manera individual, a la vez que existe una creciente presión para que esta cambie...” (Sckuck, 2005:173). Esta última tesis es muy relevante para pensar en casos de daños ambientales que revisten carácter estructural.

Por otra parte, como hemos referido, se propone la generación de una herramienta de gobierno, ya no mediante la transformación dentro del sistema del derecho de daños, sino a partir de la creación de nuevos mecanismos de gestión. El derecho de daños no contaría, desde esta perspectiva, con plasticidad suficiente para gestionar de forma adecuada hipótesis de hecho cuyas consecuencias son desconocidas. La intersección entre el problema del daño y el daño ambiental da cuenta de la necesidad de generación de mejores articulaciones pensadas conforme a la naturaleza subyacente del problema ambiental. Problemática que pone en crisis los postulados “modernos” que han conformado el sistema.

En este sentido, también se trata de repensar la relación entre las ciencias y el derecho para construir o reconstruir dispositivos de gestión del riesgo y tecnologías jurídicas adecuadas. Al razonamiento científico de tipo causa - efecto, ya no podría sucederle una argumentación jurídica de ese mismo tenor. Este razonamiento condujo a establecer una distinción entre causalidad y caso fortuito como elemento de ruptura del nexo causal, en base a lo cual se edificaron las teorías de la causalidad. Ahora bien, en los casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica se genera un problema en la relación causal que permite referir a una causalidad “indeterminada”<sup>25</sup>.

En base a ello, se requerirían más que reformulaciones, nuevas formulaciones que adopten esta nueva racionalidad y que puedan traducirla en normativas a las que subyazca la misma.

## **II.2| Sobre los elementos que configuran el “microsistema”**

Habiendo efectuado un recorrido acerca de lo que sucede en el campo del tratamiento social de riesgos, del cual el derecho - y en particular el derecho de daños - configura un aspecto importante, es necesario enfocarse, ahora, en cómo se edifica el microsistema “ambiental” para entablar algunas articulaciones.

---

<sup>25</sup> “... se inserta en el sistema de responsabilidad civil como un tercer sector entre los dos sectores que clásicamente tenía el sistema del derecho de daños, esto es, el sector en el cual podía establecerse una causalidad (sea cual fuere: adecuada, anónima, etc), es decir de lo previsible y el campo de lo desconocido, de lo imprevisible e inevitable, gobernado por el caso fortuito y la fuerza mayor. En otras palabras: existe una zona de la causalidad, una zona del caso fortuito y una zona de lo indeterminado...” (Sozzo, 2008: 231).

El problema del “daño ambiental” torna visible, como se afirmó en el apartado anterior, la intersección en la cual campean elementos que conforman el derecho de daños, con herramientas a las que subyace otra racionalidad constitutiva diferente y que integran el derecho ambiental.

Pensando en términos de microsistemas, el problema ambiental se integra, fundamentalmente, a partir de lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Nacional incorporado en su reforma de 1994 y la “Ley General del Ambiente”, que se encuentra dentro del espectro de legislación de presupuestos mínimos<sup>26</sup>, en el marco del deslinde de competencias establecido por la Carta Magna. Esta ley postula los presupuestos mínimos que debe presentar toda política medioambiental y contiene un apartado específico que atiende al problema del “daño ambiental” (arts. 27 a 33 LGA).

Podemos pensar esta conjunción a partir de las funciones que se han ido sedimentando al momento de pensar el problema del daño. La primigenia función de reparación, la posterior función preventiva y la actual función precautoria, a modo de establecer un diálogo entre la racionalidad del sistema y la del microsistema.

## **II.2.a.-| El problema de la reparación**

La reparación del daño sumado a la idea de sanción, constituyó el moderno derecho de la responsabilidad civil. Se trata de un obrar *ex post*, que busca la reparación mediante una indemnización de los perjuicios. Si pensamos el problema ambiental bajo esta racionalidad solamente, lo estaríamos confinando a una estrategia defensiva, pero, si se analiza el tema dentro del marco del microsistema ambiental, la reparación, lejos de constituirse como un eje del mismo, se considera sólo cuando otro *pull* de opciones ha debido ser descartado. Específicamente, cuando no son viables los mecanismos preventivos o precautorios porque el riesgo ya se ha materializado.

---

<sup>26</sup> A la fecha se han dictado las siguientes leyes de presupuestos mínimos: Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios (N°25.612/02), Ley de Gestión y Eliminación de PCBs (N°25.688/92), Ley de Política Ambiental Nacional (N°25.675/02), Ley de Gestión Ambiental de Aguas (N°25.688/02), Ley de Acceso a la Información Pública (N°25.831/03), Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios (N°25.916/04), Ley de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (N°26.331/07).

Por la propia naturaleza del daño ambiental, las compensaciones económicas no son las más adecuadas para su tratamiento, por lo que la recomposición del bien dañado se configura como trascendente. El primigenio principio del “contaminador – pagador” ha ido desandando caminos hasta dejar espacios más amplios a estrategias preventivas o precautorias.

En este sentido, el art. 41 de la Constitución Nacional, establece que el daño ambiental genera de modo prioritario la obligación de recomponer<sup>2728</sup>, postulando como regla el “*volver las cosas al estado anterior*”, según lo establezca la ley. La LGA también afirma que “*...El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental...*” (art. 28 LGA). Se reitera el mandato constitucional pero no se indica de qué modo el mismo será llevado adelante. Ambas normas refuerzan lo estipulado por el Código Civil en su artículo 1083<sup>29</sup> que establece el principio de reparación *in natura* en el campo de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de lo cual se advierten algunas especificidades que tienen que ver con su propia naturaleza. A lo que se suma que en el campo de la responsabilidad

---

<sup>27</sup> El problema de la recomposición del daño fue discutido por los convencionales constituyentes. Se hizo referencia a la vaguedad del término “daño ambiental”, considerando que “*...se trata de un concepto muy vago, lato, que estampado en la Constitución puede originar perturbaciones serias al desenvolvimiento de la actividad productiva...*” (Intervención del Convencional Natale, 12.07.1994); “*...A mí me da la impresión de que este daño ambiental que dará la obligación de recomponer debe surprimirse, porque quedan incluidas las consecuencias en el párrafo tercero, en el que se expresa que el Congreso es el que dirá cuáles son las consecuencias que se siguen de la violación de este texto...*” (Intervención del Convencional López de Zavalía, 12.07.1994); “*...Nos parece que recomponer es una obligación imprescindible pero no la única, porque algunos daños pueden ser de imposible restauración...*” (Intervención del Convencional Esteves Boero, 12.07.1994).

<sup>28</sup> Con relación a la utilización de este término se sostuvo que “*...El uso del verbo “recomponer” puede suscitar dudas sobre su alcance, en primer lugar como estamos acostumbrados a hablar más bien de reparación hemos de decir que la alusión a la recomposición no sustituye ni elimina la reparación; en segundo lugar, es evidente que si recomponer equivale a componer nuevamente lo que antes se “descompuso”, tal recomposición no siempre es posible en todos los casos pero, cuando lo es, hay obligación de volver las cosas a su estado anterior; en tercer lugar, la recomposición – cuando resulta viable – no excluye la reparación del daño que se ha causado; en cuarto lugar, derivar a la ley la obligación de recomponer no implica, necesariamente, que la ausencia de ley impida la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, al menos en lo que se interprete como su contenido esencial, que debe ser operativo”* (Bidart Campos, 1997 T. II: 87)

<sup>29</sup> El artículo 1083 del Código Civil establece “*El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá optar el damnificado por la indemnización en dinero*”

extracontractual esta regla se invierte y funciona como excepción a la indemnización en dinero.

Lo que sí realiza la LGA es una conceptualización acerca del daño ambiental considerándolo como “...*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos...*” (art. 27 LGA).

La ley enfatiza sólo sobre el perjuicio en su aspecto colectivo, lo que conduce a que el derecho civil regule las otras facetas de este tipo de daños. Se hace necesario recurrir al derecho civil, además, debido que la LGA no contempla algunos aspectos relevantes como la relación de causalidad, el contenido de la reparación in natura así como la extensión de la misma (Besalú Parkinson, 2005: 211). Sin bien la recomposición es el principal objetivo, una vez que el daño ambiental se ha materializado, en la práctica, ello sólo es viable en los casos en que sea tecnológicamente posible y cuando es determinable el “estado de cosas” existente previo al acaecimiento del daño. La recomposición, además, tendrá siempre un carácter parcial o relativo ya que es imposible que esta tarea sea exacta y completa. El límite estaría dado por el principio de proporcionalidad. Se considera que deben ser tomadas las medidas “óptimas” para la recomposición, prescindiéndose cuando el costo de reparación exceda los beneficios resultantes de la misma o si pueden adoptarse medidas alternativas. “...*Cuando la medida es desproporcionada habrá que buscar soluciones distintas que ofrezcan un efecto ecológico equivalente o al menos semejante a la reparación in natura frustrada. De allí que se propicie un concepto amplio de reparación en especie, capaz de albergar medidas distintas a las tendientes a alcanzar la restitución exacta del medio pero con un resultado equivalente. Así, una emisión excesiva de CO2 puede compensarse con un aumento de la superficie vegetal o arbolado que filtra ese gas. Un vertido a un río puede exigir una moratoria biológica...*” (Besalú Parkinson, 2005: 266).

Ahora bien, en los supuestos en que no sea materialmente posible la reparación, se postula sí la indemnización como remedio de *última ratio* pero “...*en la práctica los jueces son reacios a exigir la reparación in natura o la reparación por equivalente, que*



*demandan una labor rigurosa de control y seguimiento...*” (Besalú Parkinson, 2005: 267). La indemnización pecuniaria se constituye como regla ante la imposibilidad material de recomponer. Esto plantea la difícil tarea de cuantificar el daño ambiental, lo que se complejiza aún más si se piensa el daño ambiental desde su aspecto colectivo, como menoscabo o lesión a bienes de ese carácter.

Respecto de la cuantificación del daño, se han elaborado multiplicidad de teorías que intentan “traducir en dinero” los perjuicios causados al ambiente con la complejidad que ello presenta. La LGA manda a que “ese importe” sea depositado en el Fondo de Compensación Ambiental que esta misma normativa crea (art. 28 LGA), pero no establece parámetros de cuantificación. Tampoco, como afirmamos, determina cuales son los lineamientos que permiten definir qué se entiende por recomponer y ante que supuestos de hecho procede o no ese mecanismo. “... *¿Cuáles son los objetivos que permiten definir la recomposición? ¿Está autorizada la reparación por el equivalente ecológico? ¿Cuál es la extensión de la reparación? ¿Podría abarcar el lucro cesante y los beneficios obtenidos por el agente contaminador como consecuencia de la actividad dañosa? ¿Es procedente la indemnización del daño moral? ¿Cómo debe realizarse la identificación de opciones de restauración razonables? ¿Cuáles son los criterios que deben prevalecer en la elección de las opciones de reparación? ¿Qué debe entenderse por factibilidad técnica de la recomposición?...*” (Besalú Parkinson, 2005: 285).

Por otra parte, en general, los casos ambientales presentan una doble faceta. Por un lado, son daños colectivos (lo que se conoce como daño ambiental o ecológico puro). Por el otro, repercuten en la esfera individual (lo que se denomina daño ambiental indirecto). Esto da lugar al interrogante acerca de cómo trabajar con ambos planos<sup>30</sup> y cuáles serían las normas aplicables. En el caso del daño colectivo se confinaría al microsistema ambiental. Ahora bien, en el caso del daño a la salud, se torna más dificultoso el panorama. De hecho,

---

<sup>30</sup> En este sentido, en el primer pronunciamiento de la CSJN en la causa “*Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza –Riachuelo*” (M.1569 XL)” se establece un deslinde entre ambas esferas lo que conduce a un tratamiento diferenciado de las mismas. La CSJN decide continuar con el tratamiento del caso respecto del daño colectivo por contaminación de la Cuenca Matanza – Riachuelo, pero no así en relación al daño individual de cada uno de los afectados que interpusieron la acción.

de un análisis jurisprudencial, por ejemplo, del caso de las radiaciones no ionizantes, se puede verificar que cuando los supuestos son presentados como casos ambientales y no tanto como daños relativos a la salud humana, es visible la aplicación de tecnologías que provienen del microsistema ambiental. En paralelo, se genera el interrogante acerca de las condiciones de posibilidad para la exportación de tecnologías desde este microsistema al sistema.

## **II.2.b| El problema de la prevención**

La idea de prevención que se pone de manifiesto en la norma constitucional referida al ambiente, se refuerza al ser consagrada como uno de los principios de la LGA que afirma que “...*Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir...*” (art. 4 LGA). También, como uno de los criterios de interpretación y de aplicación de esta ley “...*Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo...*” (art.2), lo que reproduce la lógica de numerosas normativas internacionales, supranacionales y reglas *soft law* que refieren a la problemática ambiental.

Se constituye la racionalidad preventiva como un “eje” del microsistema, considerándose que los mecanismos de tutela inhibitoria son el canal privilegiado cuando se trata de gestionar riesgos ambientales de carácter “cierto” o “previsible”. Se trata de tomar medidas, en este caso, en relación al ambiente antes de que se materialicen los daños. Ello es posible, sólo en los supuestos en los que se cuentan con herramientas suficientes que permitan realizar una proyección a futuro.

Se estructuran una serie de tecnologías como el cálculo actuarial, la estadística, el deber de información, las evaluaciones de impacto ambiental, las agencias estatales de control previo, seguros y seguridad social, los fondos públicos de reparación y los seguros de carácter obligatorio, los “efectos secundarios”, el balance riesgo/beneficio, el recall, los boicots, que responden a esta racionalidad (Sozzo, 2008).

Algunas de estas tecnologías están plasmadas en la LGA. Ésta positiviza, por ejemplo, la evaluación de impacto ambiental<sup>31</sup> (art.11 a 13 LGA), mecanismos de participación ciudadana<sup>32</sup> (art. 19 a 21 LGA), el seguro obligatorio y el Fondo de Restauración<sup>33</sup> (art. 22 LGA) este ultimo como mecanismo más cercano a la lógica constitutiva de la seguridad social.

En combinación con este conjunto de tecnologías, existen otros tantos mecanismos de tutela civil inhibitoria que provienen tanto del derecho sustancial como del derecho procesal<sup>34</sup> y que permiten elaborar estrategias preventivas ante problemas ambientales.

Algunos de ellos han sido pensados desde el microsistema ambiental, como el amparo del artículo 43<sup>35</sup> de la Constitución Nacional y el regulado por la LGA en su artículo 30<sup>36</sup> frente a casos de daño ambiental colectivo. Esto se conjuga con la ampliación

---

<sup>31</sup> El artículo 11 de la LGA determina que *“Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución”*.

<sup>32</sup> El artículo 19 de la LGA afirma que *“Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”*

<sup>33</sup> El artículo 22 LGA establece que *“Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”*

<sup>34</sup> Herramientas procesales tales como las medidas autosatisfactivas o la prohibición de innovar.

<sup>35</sup> El artículo 43 de la Carta Magna afirma: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”*

<sup>36</sup> El artículo 30 de la LGA determina: *“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no*

estipulada respecto de la legitimación activa. Pueden interponer amparo colectivo no sólo el afectado sino, también, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que en base a sus estatutos propendan a esos fines. La LGA agrega como legitimados al Estado nacional, provincial o municipal (art. 30 LGA).

Otras tecnologías preventivas se visualizan en algunas de las normas que pueden presentarse como traducciones de esta función, aunque no hayan sido propiamente pensadas bajo esta racionalidad, ni para atender específicamente el problema medioambiental.

Por ejemplo, las inmisiones inmatrimiales entre vecinos (art. 2618 CC<sup>37</sup>), la acción por daño temido (art. 2499 CC<sup>38</sup>), el abuso del derecho (art. 1071 CC<sup>39</sup>). Estas normas no fueron diseñadas para atender especialmente el problema ambiental, sin perjuicio de lo cual se considera que formarían parte del grupo de normas que pueden canalizar demandas ambientales y, de hecho, los operadores jurídicos las han elegido con esos fines en diferentes hipótesis. Se han entablado demandas con fundamento en la idea de inmisiones inmatrimiales entre vecinos o de daño temido, en supuestos de instalación de antenas de telefonía móvil.

---

*gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”*

<sup>37</sup> El artículo 2618 del Código Civil afirma: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente”.

<sup>38</sup> El artículo 2499 del Código Civil dispone: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”

<sup>39</sup> El artículo 1071 dispone: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”

En estos casos, en realidad se está en presencia de una “situación de precaución”<sup>40</sup>, existe un contexto de controversia científica, cuya naturaleza constitutiva requiere de un tratamiento dentro del marco de la racionalidad precautoria. Excede la racionalidad preventiva. Se requiere efectuar un pasaje desde la prevención de aquello que es previsible a la precaución respecto de supuestos inciertos o controversiales.

### II.2.c| El problema de la precaución

La racionalidad preventiva que estructura el microsistema, podría pensarse “completa” en su ensamblaje con la racionalidad precautoria, que da cuenta de aquellas hipótesis de hecho que podrían causar graves perjuicios, pero cuyo efectivo acaecimiento no puede ser previsto. Pero aunque no previsto se debe de todos modos obrar *ex ante*.

La precaución se incorpora como uno de los principios de la LGA, que afirma que “...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible<sup>41</sup> la ausencia de información o

---

<sup>40</sup> “...Una situación de precaución implica al menos: el productor del riesgo, el regulador, la víctima, pero así también el experto, el periodista, que tienen a su cargo la tarea de medir, de evaluar los riesgos como de informar...” (Ewald, 2001:70).

<sup>41</sup> Respecto de las nociones de gravedad o irreversibilidad cabe señalar que en los diferentes textos que han acogido el principio precautorio, hay disímiles formulaciones. Algunas de ellas requieren de la existencia de gravedad o irreversibilidad indistintamente, es así como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en su principio número 15 establece que “...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”. Lo mismo sucede en el caso de la legislación argentina, debido a que la ley 25675 del año 2002 sobre Política Ambiental Nacional, establece en su artículo 4 “Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o 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 medio ambiente”. En cambio, por otro lado, existen definiciones en las que se requiere de ambos aspectos, como sucede en el caso de la ley francesa 95 – 101 “Renforcement de la Charte de l’Environnement” en la cual se estipula que “le principe de précaution...selon lequel l’absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles a l’environnement à un coût économiquement acceptable” , lo cual fue acogido por el Code de l’Environnement francés en su artículo L. 110-1. Por otra parte, destacamos la propuesta de definición que efectuó la UNESCO, en febrero de 2005, en su « Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio de Precaución » (entre cuyos integrantes se encuentra la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci) y en el que se propuso una definición que incorpora un criterio ético: “Cuando las actividades humanas corren riesgo de conducir a un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, diversas medidas pueden ser tomadas para evitar o disminuir la posibilidad de ese daño”. Este componente moral también es puesto de relieve en las « Guías de actuación para el principio precautorio » propuestas por la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza). A los fines de ampliar respecto del tema de las definiciones jurídicas de la precaución se aconseja la lectura de “L’ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre sciences et décision” de Olivier Godard en “Le principe de

*certeza 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....”* (art. 4 LGA).

También ha sido plasmada en normas internacionales que fueron ratificadas por Argentina, como el Tratado Antártico sobre la protección del medioambiente (ratificado por Ley 24.216) y, más recientemente, fue positivizado por la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N°26.331/07 que entre sus objetivos establece “...*Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no pueden demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad...*” (art. 3 inc. d)

Del mismo modo que la reparación y la prevención, esta racionalidad posee dispositivos que le son propios como las moratorias, la construcción de sistemas de trazabilidad<sup>42</sup>, la vigilancia epidemiológica, las audiencias públicas<sup>43</sup>, la protección de los

---

précaution dans la conduite des affaires humains” sous la direction Olivier Godard. Editorial de la Maison des Sciences de l’homme. Paris. 1997.

<sup>42</sup> Existen en Argentina algunos dispositivos jurídicos cercanos a la idea de trazabilidad en el caso de la exportación de carne vacuna lo que se ha comenzado a delinear a partir de una serie de resoluciones de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos y de SENASA en respuesta a los requerimientos impuestos por el Reglamento N°178/2002 del Parlamento Europeo y del Concejo que establece los principios y las prescripciones generales de la legislación alimentaria, lo que puede ser leído en clave de uno de los tantos procesos de globalización del derecho (Santos, 2000).

<sup>43</sup> En la LGA se prevé como mecanismo de participación ciudadana el de las audiencias públicas en el artículo 20 que establece: “*Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública*”. Además, en numerosa cantidad de normas de nivel provincial o local sobre evaluaciones de impacto ambiental, se prevé esta tecnología (es el caso, verbigracia, de la legislación de las provincias de Chubut, Formosa, Santa Fe, Neuquén, Buenos Aires, San Juan, Tierra del Fuego y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), lo cual adquiere particular relevancia dado que en las “situaciones de precaución” se torna indispensable la participación ciudadana debido al contexto peculiar de incerteza o controversia dentro del cual se desarrollan los procesos de toma de decisiones.

emisores de alertas<sup>44</sup>, la reglamentación de estándares y mínimos de tolerancia<sup>45</sup>, las regulaciones por el *soft law* (Sozzo, 2008)

De este modo, se incorpora la precaución al derecho positivo argentino en el campo del microsistema ambiental, plasmado en normas que lo integran. El principio de precaución se presenta como la vía mediante la cual se pone en relación a la ciencia y el derecho ya no desde el lugar de la certeza sino, por el contrario, desde el problema de la controversia, de la duda, de la ausencia de información.

Existen supuestos que posiblemente sean dañosos y respecto de los cuales no se pueden dejar de tomar decisiones con fundamento en la carencia de certitudes. El derecho, de este modo, se pone en diálogo con lo incierto y controversial lo que genera una serie de problemas que requieren ser visibilizados.

Especialmente, en torno al problema del “daño ambiental” que nos ocupa, se torna necesario repensar el requisito de certeza del daño y de adecuación de la relación de causalidad. Como se afirma en el apartado II.1.c], se presentan dos posturas, una sub-paradigmática y otra paradigmática.

La primera, propone la polifuncionalidad del derecho de daños. La función precautoria pasaría a sedimentarse junto con la prevención y la reparación, o bien, el derecho de daños se “ambientalizaría”. Se exige repensar algunos de los presupuestos clásicos del derecho de daños a la luz de la problemática medioambiental. En primer término, se torna relevante dar cuenta de los daños posibles, es decir, indagar sobre las condiciones de posibilidad para el funcionamiento del requisito de certeza como condición para la resarcibilidad de los perjuicios. Asimismo, se requiere una reconfiguración de la teoría de la causalidad, construyendo una suerte de vinculación causal “posibilística”.

---

<sup>44</sup> Este tema no ha sido problematizado en nuestro país, pero sí por ejemplo en Francia adonde se está debatiendo un proyecto de ley para delimitar los derechos y obligaciones del “*lanceur d’alerte*”.

<sup>45</sup> El caso de los campos electromagnéticos es gestionado a partir de esta estrategia delimitándose toques máximos de emisión a partir de diferentes normativas. En el ámbito de la energía eléctrica mediante la Resolución ° 77/ 1998 de la Secretaría de Energía de la Nación y en el supuesto de la instalación de antenas de telefonía celular, la Resolución N° 202/ 1995 del Ministerio de Salud de la Nación y la Resolución N° 3690/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, lo cual también puede ser analizado en clave de un procesos de globalización del derecho (Berros, 2008).

En algunas hipótesis, por ejemplo, si bien se ha probado el daño, no se pueden establecer vínculos causales adecuados debido a que la ciencia no puede dar explicaciones uniformes al respecto. Este ha sido el caso de la “*Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora*”<sup>46</sup>, que es considerado el “*leading case*” en materia de principio precautorio por haber sido el primer caso en que se lo aplica luego de su positivización en la LGA. Se suspendió la obra de extensión del cableado de una subestación transformadora de energía eléctrica en la localidad de Ezpeleta, bajo una argumentación construida desde dos planos. Uno de ellos, el principio precautorio haciendo expresa alusión al art. 4 LGA. El otro, la propia Constitución Nacional a partir de la articulación de dos normas, la protectoria del medioambiente y la idea de seguridad que deviene del artículo 42 en el que se da tratamiento constitucional al problema de los consumidores.

En otros supuestos, aunque no se ha probado la certeza del daño, de todos modos se ordenan medidas. Es lo que sucede en “*Espíndola María c/ Movicom Bellsouth s/ Daños Perjuicios*”<sup>47</sup> en donde el juez dispone un indemnización por “daños potenciales en la salud”<sup>48</sup>, lo que infiere la aplicación del principio de precaución al ámbito de la salud humana, aunque sin estar precedido de una reflexión acerca de las posibilidades de dicha exportación desde el microsistema al sistema.

---

<sup>46</sup> Sentencia de la Causa 3801/02 de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – 08.07.2003. “*Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora*” ([www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar))

<sup>47</sup> Sentencia en causa 17008/03 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N ° 105 de Buenos Aires, 09.02.2007 “*Espíndola María c/ Movicom Bellsouth s/ Daños Perjuicios*” ([www.diariojudicial.com.ar](http://www.diariojudicial.com.ar))

<sup>48</sup> “...DAÑOS POTENCIALES A LA SALUD: La actora es una persona de avanzada edad, no vidente, que se ha visto expuesta a esta situación no solo de intranquilidad permanente por los ruidos ocasionados por los equipos, sino también, por los estruendos y fuertes vibraciones, producidos en los días de tormenta por contar la antena con un pararrayos. Por otra parte teniendo en consideración, la pericia efectuada por el Dr. Raul Grigera, Doctor en Física Biológica e Investigador Superior del CONICET quien opina que los “daños en la salud producidos por radiaciones no ionizantes se agravan en caso que se traten de ancianos, niños y personas que posean una sensibilidad especial al efecto de las radiaciones no ionizantes, por lo que una exposición continua, aun por debajo de los límites mencionados, son potencialmente peligrosos” . Por lo que fijo prudencialmente el monto de la indemnización correspondiente al daño a la salud, la suma de PESOS CINCO MIL (\$5000), con mas sus intereses que se computar n desde la fecha de instalación de la antena autosoportada (febrero de 1998) hasta su efectivo pago, sobre la tasa de interés pasiva que suministra el Banco Central de la República Argentina....” (Fragmento de la sentencia “*Espíndola María c/ Movicom Bellsouth s/ Daños Perjuicios*”).



Por otra parte, cabe destacarse aquí que el problema no es gestionado a partir de la racionalidad precautoria sino que se utiliza el art. 2618 del Código Civil, planteándose el problema devenido de la instalación de una antena de telefonía móvil como una “molestia entre vecinos”. Del mismo modo, otro grupo de casos relativos a este tópico son gestionados mediante tecnologías jurídicas imbricadas en la prevención. Se ha utilizado el artículo 2499 de acción por daño temido<sup>49</sup> así como, también, se ha dado relevancia a la carencia de evaluación de impacto ambiental<sup>50</sup> como eje del debate, dirigiendo la estrategia del litigio por fuera del plano de la discusión de fondo hacia lo procedimental.

La segunda alternativa, postula la generación de un campo nuevo dentro del derecho para la gestión de hipótesis controvertidas o inciertas, que sea pensado a partir de la naturaleza de este tipo de problemáticas.

Cualquiera sea la posición que se consolide, se necesitan importantes contribuciones de parte de los operadores jurídicos. Si bien es cierto que contemporáneamente pareciera ser clara la adopción de la primera postura, entendiéndose que el “...*Derecho de Daños ambiental es un microsistema que presenta una fisonomía insular cohesionado por el programa constitucional; este proceso teórico puede y debe ser profundizado pues no explica la posibilidad de exportación de regulaciones propias de un microsistema del Derecho de Daños hacia otros microsistemas o al sistema en general....*” (Sozzo, 2009:399).

La complejidad del problema ambiental, las posibilidades y condiciones de exportación de las normas que integran este microsistema, entre otros aspectos exigen, como punto de partida, viabilizar los mecanismos necesarios para dar cuenta de estas discusiones y profundizarlas. Los abogados y abogadas, al momento de generar sus estrategias de litigio, los jueces y juezas a la hora de adoptar decisiones en causas de esta

---

<sup>49</sup> Sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba N° 5, de fecha 20.03.2007 “*Asís, María F. c/ Giorda Mario y otros s/ daño temido*”. ([www.lexisnexisonline](http://www.lexisnexisonline))

<sup>50</sup> Por ejemplo en la sentencia de primera instancia del Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Número 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 18.10.2006. “*Peino, Leonardo Esteban y otros contra GCBA sobre amparo (art.14 CCABA)*” ([www.diariojudicial.com.ar](http://www.diariojudicial.com.ar)) y en la sentencia del Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 18.09.2007 “*Uyemas Héctor c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*” ([www.eldiariojudicial.com.ar](http://www.eldiariojudicial.com.ar))

naturaleza, la dogmática jurídica al momento de problematizar y analizar estas cuestiones, los y las docentes y estudiantes en su proceso de formación. Del mismo modo que lo que sucede en el campo del consumo, en el microsistema del daño ambiental la agenda también estaría dada por “... *captar mejor la especificidad que tiene el microsistema...sus particularidades...*” (Sozzo, 2009:381).

Estos aportes de parte de quienes operan en el campo de lo “jurídico” pueden ser importantes para abrir un camino, camino en el cual las luchas por traducir ese “derecho a un ambiente sano” podrían adquirir mayor “potencialidad”. Esto siempre que, quienes luego utilicen estas estrategias, lo hagan de modo emancipatorio.

### **III| A propósito de daños ambientales y realidades, una breve reflexión**

Tal y como se ha afirmado en la introducción, es necesario analizar no sólo lo que las legislaciones disponen o las sentencias resuelven sino, también, “dar un paso más” y construir espacios para la discusión acerca de que ha pasado con las realidades sobre las que operan. No son las normas “el fin” en sí mismo. De lo contrario, la constitucionalización del problema ambiental habría sido el final de un camino. Sin embargo, ha sido un paso, no el primero, pero tampoco el último. Un paso muy trascendente sin dudas, pero sólo si se lo mira desde la perspectiva de un transitar inacabado, dado que la realidad demuestra cuantos son los desafíos que aún quedan pendientes o los que aún no han sido siquiera visibilizados.

El problema del daño ambiental en Argentina conjuga situaciones que podrían ser pensadas como cartografías superpuestas de problemas de muy variada índole que, generalmente, ponen de manifiesto una relación muy cercana entre ambiente y pobreza. Se yuxtaponen, sólo a título de ejemplo, la contaminación fluvial causada por efluentes industriales y la carencia de políticas públicas básicas de acceso al agua potable o al servicio de cloacas, cuya más clara manifestación es la polución de la Cuenca Matanza – Riachuelo que afecta a millones de personas; las consecuencias socio-ambientales devenidas de la expansión de un sistema extractivo - exportador en donde la minería y el cultivo de soja son sus principales ejes; la posible polución por la utilización de nuevas

tecnologías, desde la manipulación genética - verbigracia, de semillas - hasta el aumento de la emanación de campos electromagnéticos.

La sentencia<sup>51</sup> que trabajó sobre el problema de recomposición y prevención del daño ambiental en la Cuenca Matanza - Riachuelo, se encuentra en su período de ejecución. Los avances se tornan complejos. Se articula su carácter estructural con ciertas dificultades institucionales que, como resultado, presentan un estado de situación bastante similar - sin perjuicio de algunos indicadores positivos - al que existía antes del proceso judicial<sup>52</sup>. El sistema extractivo exportador se expande sin que existan canales claros para poner la cuestión en debate por parte de la ciudadanía<sup>53</sup>. Lo mismo ocurre con lo que en palabras de Beck (2002) podrían llamarse “riesgos manufacturados”. La manipulación genética de organismos, que se configura como uno de los vértices esenciales del paquete tecnológico que introdujo la soja transgénica a nuestro sistema productivo, sigue sin problematizarse colectivamente. Lo mismo sucede con las emanaciones de radiaciones no ionizantes por instalación de antenas de telefonía móvil o estaciones de transformación de energía eléctrica. Paradójicamente, en este último supuesto, la sentencia<sup>54</sup> que se presenta como una suerte de *leading case*, por efectuarse allí una primera aplicación del principio de precaución refirió a la subestación transformadora de energía eléctrica en la localidad de Ezpeleta. Se inicia a través de la “inquietud” de una vecina que, en un ejercicio de

---

<sup>51</sup> “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)” (M.1569 XL), CJSN, 8 de julio de 2008.

<sup>52</sup> Algunas de las organizaciones no gubernamentales que forman parte del proceso han presentado un informe a un año de la sentencia. Ver “Una política de estado para el Riachuelo. Informe Ambiental Anual 2009” por Andrés Nápoli.

<sup>53</sup> No existe un debate público serio y canalizado institucionalmente sobre las consecuencias de este modelo. Tampoco los “efectos colaterales” a nivel de salud humana. Existen manifestaciones que han tenido más o menos éxito y que incidieron de manera puntual en algunos casos, como por ejemplo, fue el proyecto minero de Esquel (Provincia de Chubut) que finalmente no se llevó a cabo. En el caso de la producción de soja, se está comenzando a visualizar una serie de acciones judiciales que solicitan la suspensión de fumigaciones por los daños en la salud que genera. Este tema se encuentra en debate entre los “expertos” y fue “puesto en escena” luego de una entrevista del “Diario Página 12” del 13 de abril de 2009 al Dr. Andrés Carrasco, quien afirma la toxicidad del glifosato en embriones anfibios, alejándose de las pautas que el “sistema científico” impone para “dar a conocer” los resultados de “experimentos de laboratorio”. Un punto interesante a destacar es que sólo a partir de la manifestación de un científico reconocido se dio curso a esta discusión habiéndose, con anterioridad, desconocido las múltiples manifestaciones de parte de comunidades afectadas por el tema que hace ya varios años están tratando de generar algún tipo de acción en este sentido. Es decir, sin haber prestado atención a otras formas de conocimiento, a quienes conviven con el problema.

<sup>54</sup> Sentencia de la Causa 3801/02 de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – 08.07.2003. “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora” ([www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar))

epidemiología popular, marca en un “mapa” - luego llamado “mapa de la muerte” -, la cantidad de muertos y enfermos que circundan esa estación. Actualmente, se siguen marcando cruces.

¿Pará que podría servir continuar “indagando” lo que sucede en la “realidad” a partir de la proliferación de normas y de sentencias en esta materia?

Una alternativa podría ser la realización de un estudio de raigrambre fundamentalmente sociológica para dar cuenta de la efectividad o no de las mismas y, en su caso, poder construir las respectivas críticas.

Ahora bien, también se podría dar relevancia a la elaboración de interrogantes bajo la idea de aportar “mejoras” en el recorrido de ese camino inacabado al que se ha referido. En este sentido, “...cuando tomamos en cuenta ciertos aspectos del derecho que la filosofía jurídica ha ido reconociendo en las últimas décadas –aspectos tales como “la inevitabilidad de la interpretación”, la “indeterminación de las normas”, la “dimensión constructiva de la práctica jurídica”, etc.- se abre el camino para trabajar sobre las posibilidades y desafíos del derecho. Si tomáramos en serio, como debemos hacerlo, estos aspectos de la práctica jurídica, los operadores legales –jueces, académicos, estudiantes, abogados, asesores, etc.- podemos comprender su potencialidad emancipatoria y asumir cabalmente la responsabilidad de reconstruir, mediante la argumentación, la crítica y el diálogo, un mejor entendimiento para nuestra Constitución, leyes e instituciones; uno que contribuya a reducir las injusticias y fomentar lo que tiene de valioso nuestro sistema jurídico. La legitimidad política también se construye dentro de la práctica institucional...” (Maurino, 2007: 3).

Se hace camino al andar...<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> “Caminante no hay camino”, Joan Manuel Serrat.

#### **IV| Bibliografía.**

- Beck, Ulrich. “*La sociedad del riesgo global*”. Siglo XXI. España. 2002.
- Berros, María Valeria. “*La estandarización como tecnología precautoria globalizada. El caso de las radiaciones no ionizantes*”. Artículo publicado en Volumen 5, N°2 - 2008, Revista Prismas “Direito, políticas públicas e mundialização”. Colección Universitaria UNICEUB. Brasilia. Brasil. ISSN 1908-3680.
- Bidart Campos “*Manual de la Constitución Reformada*”. Tomos I, II y III. Buenos Aires. EDIAR. 1997.
- Brebbia, “*La relación de causalidad*”. Juris. Rosario. 1975.
- Cafferatta, Néstor “*Responsabilidad por daño ambiental*” en “Tratado de Derecho de Daños” de Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Convención Nacional Constituyente. “*Versiones taquigráficas de la Comisión de Redacción*”. La Ley. Buenos Aires. 2005.
- Ewald, François. “*L’Etat Providence*”. Grasset. Paris. 1986.
- Ewald, François. “*Responsabilité, solidarité, sécurité*” publicado en Risques. Assurance, droit, responsabilité. N° 10, Avril – Juin. Paris. 1992.
- Ewald, François. “*Philosophie de la précaution*” publicado en L’Année sociologique. N° 46 – 2. Paris. 1996.
- Ewald, François. “*Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution*” publicado en “Le principe de précaution dans la conduite des affaires humains” sous la direction Olivier Godard. Editorial de la Maison des Sciences de l’homme. Paris. 1997.
- Ewald, François. “*Le risque dans la société contemporaine*” publicado en Université de tous les savoirs sous la direction d’Yves Michaud. Qu’est – ce les technologies ? Volume 5. Editions Odile Jacob. Paris. 2000.
- Ewald, François. “*Le principe de précaution*”. Que sais je ? PUF. Paris. 2001.
- Ewald, François. “*La société du risque*” en “Une nouvelle modernité ? Traitements de surface et exploration des profondeurs”. Cahier LaSer N° 7. Descartes & Cie. Paris. 2001.

- Ewald, François. “*L’État de précaution*” en Rapport public du Conseil de Etat. Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque. La Documentation Française. Etudes et documents N° 56. 2005.
- Galeano, Eduardo. “*La naturaleza no es muda*” en Semanario Brecha de Uruguay. República Oriental del Uruguay. 2008.
- Godard, Olivier. “*L’ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre sciences et décision*” publicado en “Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines” sous la direction Olivier Godard. Editorial de la Maison des Sciences de l’homme. Paris. 1997.
- Latour, Bruno. “*Nous n’avons jamais été modernes. Essai d’anthropologie symétrique*”. La Decouverte. Paris. 1997.
- Lorenzetti, Ricardo. “*Teoría del derecho ambiental*”. Buenos Aires. Ed. La Ley. 2008.
- Lorenzetti, Ricardo. “*Las normas fundamentales del derecho privado*”. Rubinzal Culzoni. 1995.
- Maurino, Gustavo. “*Pobreza, Constitución y Democracia: aportes desde la autonomía personal*”. Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponible en: <http://www.seminariogargarella.blogspot.com>
- Nápoli, Andrés. “*Una política de estado para el Riachuelo*” en “Informe Ambiental Anual 2009” Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Buenos Aires. 2009.
- Ost, François. “*A natureza á margem da lei. A ecología a prova do direito*”. Lisboa. Grafiroca. 1997.
- Pigretti, Eduardo A. “*Derecho Ambiental*”. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1993.
- Remond – Gouilloud, Martine “El derecho a destruir”. Buenos Aires. Losada. 1994.
- Santos, Boaventura de Souza. “*A globalicacio e as ciencias sociais*”. Editorial Cortes Editora. Brasil.2000.
- Santos Boaventura de Sousa. “*Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*”. Editorial Desclé. Bilbao. 2003.
- Santos, Boaventura de Sousa. “*Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*”. Madrid. Trotta. 2009.

- Schuck, Peter. “*Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales*” en “La responsabilidad extracontractual”. Carlos Rosenkrantz compilador. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos. Barcelona. Gesida. 2005.
- Sozzo, Gonzalo. “*¿Es tan importante recodificar? (codificación revisited)*” publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, Año 1 N° 1, Santa Fe. Editorial UNL. 2001.
- Sozzo, Gonzalo. “*Riesgos del desarrollo y sistema del derecho de daños (hacia un derecho de daños pluralista)*” en “Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco”. Red Latino – Americana e Européia sobre Governo dos Riscos. Brasília. 2006.
- Sozzo, Gonzalo. “*La prevención del daño (ensayo desde la mirada de las vías periféricas)*”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. N° 2008 -2. Santa Fe. Argentina. 2008.
- Sozzo, Gonzalo “*Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución)*” Sección Contratos. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2008-2- Ed: Rubinzal – Culzoni, Santa, Argentina, 2008.
- Sozzo, Gonzalo. “*El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo (Dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria)*” en “Consumidores”. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009 -1.
- Unger, Roberto Mangabeira. “*O direito e o futuro da democracia*”. Editorial Boitempo. San Pablo. 2004.
- Valls, Mario “*Derecho Ambiental*”. Buenos Aires. Ed. Mario Valls. 1993.
- Valls, Mariana. “*Derecho Ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo*”. Buenos aires. Ed. Ciudad Argentina. 1999.