

“Principio precautorio como herramienta de gestión del riesgo ambiental, su funcionamiento a propósito del caso de los campos electromagnéticos”

María Valeria Berros¹

I) Introducción

El presente trabajo intenta efectuar una exploración sobre la forma a través de la cual, en la jurisprudencia argentina, se aplica el principio de precaución a propósito del caso particular de los campos electromagnéticos, como ejemplo de hipótesis de hecho cuyas consecuencias dañosas son inciertas. El principio precautorio, que funciona como instrumento de gestión de riesgos imprevisibles, viene a complementar al principio de prevención que se articula como herramienta de gobierno de riesgos previsibles, habiendo sido ambos positivizados por Ley 25.675/2002 como principios de política ambiental nacional. La elección de efectuar un recorrido a través de un caso concreto, a los efectos de presentar este principio, está dada porque mediante la misma se pueden visualizar cuales son las condiciones de posibilidad de emergencia y expansión del mismo, identificando, asimismo, sus dificultades y rigideces.

A los efectos de desarrollar este análisis hemos de considerar el caso, como un supuesto “híbrido”², caracterizado por constituirse como embrollo de “...elementos de la ciencia, de la política, de economía, de derecho, de religión, de técnica, de ficción...” (Latour, 1997:9). Los híbridos, “invisibles” bajo los parámetros de la “constitución moderna”³, se encuentran en proceso de proliferación a partir de los últimos años, lo cual se denota, en mayor medida, en aquellas cuestiones relacionadas con el medio ambiente y la salud humana.

¹ Becaria Doctoral CONICET – UNL. Integrante del CAI+D “Globalización y Derecho”. Área: Riesgo Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

² A partir de esta perspectiva, se propone una conjugación de los elementos provenientes de los enfoques que la teoría social ha elaborado en relación al riesgo. Uno de ellos, considerado “realista”, que asume la idea de riesgo como algo existente ontológicamente, lo cual proviene del marco de las tecnologías actuariales, ingeniería, psicología. Asimismo, se consideran como teorías que presentan un “realismo débil” a las tesis de Ulrich Beck y de Anthony Giddens. El segundo de ellos, llamado “constructivista”, concibe al riesgo como fenómeno socio cultural. En este marco se destacan diversos puntos de vista como el de Mary Douglas, los “governmentality studies”, y la tesis que considera al riesgo como concepto.

³ “...la modernidad es entonces una ilusión? No es mucho más que una ilusión y mucho menos que una esencia...” (Latour, 1997:60).

Éstos se caracterizan por la imposibilidad de un abordaje unilateral, debido a que, ni las ciencias de la naturaleza ni las ciencias de la cultura, logran dar cuenta del fenómeno por sí mismas, es decir no tienen herramientas suficientes para explicarlo⁴.

En segundo lugar, sumamos a la noción de híbrido la idea de incerteza. Esta es una de las características del supuesto de los campos electromagnéticos, debido a que las consecuencias de su generación para la salud humana y el medio ambiente, son desconocidas.

A los fines de indagar sobre el problema, proponemos la realización de un análisis de los discursos que se presentan en la gestión del mismo, dentro de los cuales nuestro objeto de estudio está focalizado en el plano de las regulaciones jurídicas y el tratamiento jurisprudencial que se le asigna. Sin perjuicio del recorte efectuado, y considerando esta salvedad, mediante los discursos analizados se indaga sobre la articulación y ensamblaje de prácticas científicas, políticas y sociales, que provienen del sector experto, del político y de la sociedad civil, respectivamente.

Por otra parte, contextualizamos el discurso normativo y jurisprudencial teniendo en cuenta dos regímenes de prácticas. Uno de ellos, el de los medios de comunicación, a partir de la localización de artículos periodísticos que han versado sobre la temática. El segundo, el sistema científico – tecnológico, mediante la incorporación de algunos informes de expertos.

A los efectos de ordenar el tratamiento, partimos de los diferentes paradigmas de responsabilidad que plantea François Ewald, entendiendo como tales aquel conjunto de prácticas, discursos, combinaciones, respecto de los cuales es dable la identificación de una cierta lógica o racionalidad. El mencionado autor establece la existencia de tres paradigmas: responsabilidad, solidaridad y seguridad. El primero de ellos parte de la idea de culpa como factor atributivo de la responsabilidad, concibiendo ésta como un regulador de

⁴ La separación tajante que la “constitución moderna” postula entre lo natural y lo cultural, es decir entre lo “no humano”, lo fáctico; y, por otro lado, lo “humano”, lo moral, no es adecuada para otorgar tratamiento a este tipo de problemáticas. Las mismas exceden el marco de los dos polos construidos en base a esta constitución moderna: aquel encargado del plano no humano, fáctico, y aquel otro a cargo de lo humano, lo moral. Los híbridos no pueden ser tratados adecuadamente a partir de uno de los dos polos individualmente dado que suponen de herramientas y conceptos provenientes de ambas esferas (Latour, 1997).

las conductas humanas. El segundo, introduce la idea de riesgo y el desarrollo y expansión de la técnica del seguro como mecanismo de repartición de riesgos. Por último, el paradigma de seguridad, da cuenta de casos inmersos en un contexto de incerteza científica, destacándose la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles; lo cual conduce a la introducción del principio precautorio, como racionalidad constitutiva del mismo (Ewald, 1997).

Nuestra tesis sostiene que, aunque el caso bajo análisis puede encuadrarse dentro del marco este último paradigma, a partir de los discursos de los actores sociales intervinientes emerge un panorama en el que se conjugan elementos de los tres paradigmas de responsabilidad reseñados.

Esta hipótesis, se complejiza y amplía al considerar la promulgación de la Ley de Política Ambiental N ° 25.675, dado que la misma positiviza, como principio de política ambiental, el precautorio. Lo expuesto genera que, cuando el caso se concibe como atentatorio al medio ambiente, se facilite la aplicación de la lógica precautoria. Por contraposición, cuando se lo considera como lesivo de la salud humana se torna más dificultosa su aplicabilidad.

Por último, postulamos que la idea de que la introducción de la lógica precautoria genera una búsqueda constante de mayor rigor científico, así como también la identificación y profundización de estudios en relación a la hipótesis posiblemente dañosa, se verifica en los discursos analizados. En cambio, se dificulta la identificación de elementos que recuperen como trascendentes las opiniones disidentes, y que conduzcan a una apertura hacia otras esferas de saber, en consonancia con el carácter híbrido del fenómeno.

II) El caso: la generación de ondas electromagnéticas: ¿posibles consecuencias?

II.1) Algunas aproximaciones sobre la problemática.

La generación de campos electromagnéticos no es un fenómeno nuevo debido a que ocurre espontáneamente en la naturaleza. Lo que ha variado hacia el siglo XIX es que, a las corrientes que naturalmente se producen, se han agregado las emanaciones provenientes del incremento de diversas

actividades del hombre, fundamentalmente las de tipo industrial y de telecomunicaciones.

En Argentina, si intentamos datar la emergencia de la expansión fabril, señalamos la fase de industrialización sustitutiva de importaciones iniciada luego de la crisis mundial de 1929 (Brailovsky, 1991: 21), que conformó el nuevo modelo de inserción de Argentina en el contexto mundial. Este desarrollo ha de generar un aumento de la demanda de energía a los efectos de la producción, así como también a fin de otorgar servicios indispensables para las poblaciones que migran internamente hacia los alrededores de las zonas manufactureras. A este proceso sustitutivo que deviene inconcluso, se suman la propagación acelerada en los últimos años de nuevas tecnologías, como la telefonía móvil, computación y otras técnicas digitales, que refuerzan la generación de este tipo de ondas.

Los mencionados supuestos constituyen agentes de radiaciones de tipo no ionizante ya que la radiación emitida es débil y, por ende, no llega a producir ionización, debido a que no se rompen los enlaces que unen las moléculas componentes de las células. Los mismos pueden ser distinguidos según su frecuencia, en campos electromagnéticos de baja frecuencia (líneas de energía, electrodomésticos, computadoras) y de alta frecuencia (radares, instalaciones de radio y televisión, teléfonos móviles y sus instalaciones base)⁵.

En virtud de lo expuesto, y dado que se trata de un fenómeno cuya producción también subyace a la naturaleza, podría pensarse que no tendría efectos negativos respecto de la salud humana o el medio ambiente.

Pero, por el contrario, el eje en base al cual se centra la controversia que seleccionamos refiere a la posible dañosidad en relación a la salud humana que reviste la generación de ondas electromagnéticas no ionizantes. El fundamento es que la existencia de este tipo de radiaciones ya no se encuentra dentro de sus parámetros naturales, sino que su índice ha sido incrementado notoriamente en virtud de las actividades anteriormente referidas.

⁵ Según informe de la Organización Mundial de la Salud: *“Estableciendo un diálogo sobre los riesgos de los campos electromagnéticos”* publicado por el Departamento de Protección del Ambiente Humano. Radiación y Salud Ambiental de la OMS. Ginebra, Suiza. 2005.

El debate se centra en los efectos que podría tener para la salud del hombre esta exposición continua, aún en los casos en que las ondas generadas por el agente emisor se hallen por debajo de los límites legalmente autorizados.

II.2) Estado de la controversia científica: entre la constelación de investigaciones y la organización de grupos de expertos.

En materia de campos electromagnéticos podemos identificar la coexistencia de, por un lado, numerosa información científica vertida en diversas publicaciones en las que se identifican posiciones encontradas; y, de otra parte, la organización colectiva de grupos de expertos a los fines de estudiar la problemática.

Dentro del último caso, destacamos las conclusiones⁶ que presenta la Organización Mundial de la Salud. Éstas, han sido objeto de una publicación en el año 2005, denominada *“Estableciendo un diálogo sobre los campos electromagnéticos”*, en la que se estableció que los campos electromagnéticos de baja frecuencia son *“...posibles cancerígenos en seres humanos basados en estudios epidemiológicos de leucemia en niños...”*. En relación a los campos de alta frecuencia, sostiene que *“...el balance de la evidencia a la fecha sugiere que la exposición a campos de RF de bajo nivel (tales como los emitidos por teléfonos móviles y sus estaciones bases), no causan efectos adversos en la salud...”* (Organización Mundial de la Salud, 7:2005).

Cabe destacar, que estas aseveraciones no son compartidas por el conjunto de la comunidad científica, de allí que sostenemos que la incertidumbre científica continúa primando respecto de los posibles efectos de las radiaciones no ionizantes. Como un ejemplo de ello, podemos referirnos a la Resolución de Benevento⁷, en la cual se destaca que *“Nuevas evidencias*

⁶ Las mencionadas conclusiones tienen carácter provisorio hasta tanto la OMS vuelva a expedirse al término de su estudio respecto de las consecuencias devenidas de la generación de ondas electromagnéticas.

⁷ *“Resolución de Benevento”* Fecha de emisión: 19 de Septiembre de 2006. Comisión Internacional para la Seguridad Electromagnética (ICEMS), Montepulciano, Italia Página Web: www.icems.eu. Fecha de acceso : 10.12. 2006.-

acumuladas indican que hay efectos adversos para la salud como resultado de la exposiciones laboral y pública a los campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos, o CEM, en los niveles de exposición actuales...Los estudios epidemiológicos así como los experimentos in vivo e in vitro demuestran que la exposición a ciertos campos electromagnéticos de baja frecuencia puede aumentar el riesgo del cáncer en niños e inducir otros problemas de salud en niños y adultos. Además, hay una evidencia epidemiológica acumulada que indica un riesgo creciente de tumor cerebral por el uso a largo plazo de teléfonos móviles...".

II.3) Acerca de la fijación de límites máximos de exposición y normas de seguridad.

Dentro del discurso normativo, se visualiza que el eje central de las regulaciones con respecto a la temática está dado por la implementación de normas de seguridad y valores límite de generación.

En consonancia con esta lógica, en el caso argentino, se aprobó, por Resolución N ° 77/1998 de la Secretaría de Energía de la Nación, el "*Manual de Gestión Ambiental del Sistema de Transporte Eléctrico de Extra Alta Tensión*". Asimismo, se aprobó por Resolución 202/1995, el Estándart Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz, donde se establecen los límites máximos de irradiación que devienen de cumplimiento obligatorio según la Resolución N ° 530/2000 de la Secretaría de Estado de Comunicaciones. A su respecto, la Resolución N ° 3690/2004 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, establece que los sistemas irradiantes se deben adaptar a las condiciones dispuestas por la Resolución N ° 530/2000.

Por su parte, el control de cumplimiento de los límites de generación de radiaciones no ionizantes, está a cargo del Ente Nacional de Energía Eléctrica y de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Ahora bien, la potestad a los efectos de autorizar y ubicar territorialmente la instalación de agentes generadores, se encuentra a cargo del gobierno local, quien es el que determina los requisitos necesarios para lograr la habilitación.

Dentro de este marco, se otorga trascendencia al procedimiento técnico - jurídico de evaluación de impacto ambiental, como requisito que debiera presentarse previamente⁸ a la instalación.

II.4) Sobre los afectados, acerca de la conformación de grupos.

Se observa que ciertos afectados, identificados en los casos jurisprudenciales en Argentina, se presentan agrupados. Su vinculación está dada por la ubicación espacial respecto de las fuentes generadoras de campos electromagnéticos.

La posibilidad de un daño a su salud, en razón de la exposición continua a radiaciones no ionizantes, se conjuga con la identificación de personas enfermas dentro de ese radio, lo cual es atribuido a las emanaciones circundantes. Sostienen que la incertidumbre sobre la dañiosidad de la exposición a campos electromagnéticos es, por si misma, suficiente para tomar medidas al respecto, más aún cuando se encuentra en juego la salud humana, lo cual se verifica claramente en el caso *“Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”*.

La preocupación de vecinos por la instalación de antenas, asimismo, se refleja en otro de los supuestos que vamos a analizar en el presente trabajo, *“Castellani, Carlos y E. y otros”*, en el cual se busca la suspensión y eventualmente la erradicación de cuatro antenas de telefonía celular en el radio urbano de la localidad de Oncativo (Provincia de Córdoba), considerando que las mismas violan los derechos constitucionales de propiedad, a la salud y a un ambiente sano.

⁸ El carácter previo no sólo se deduce de la naturaleza misma del instituto, sino que a la vez está positivizado en diferentes normativas: art. 2 de la Ley de Telefonía Celular de la Provincia de Santa Fe, art. 11 de la Ley General del Ambiente, art. 18 de la Ley de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Santa Fe.

Por otra parte, en el caso *“Peino, Leonardo Esteban y otros contra GCBA sobre amparo (art.14 CCABA)”*, interviene también un grupo, específicamente, un conjunto de padres, preocupados por la salud de sus hijos debido al funcionamiento de una antena de telefonía móvil instalada en el techo de la misma.

III.1) Un panorama incierto, complejidad para el derecho.

Efectuada esta primera aproximación a la problemática podemos vislumbrar, ahora, el inconveniente que se presenta para el derecho debido a que el mismo debe lidiar con una situación en la cual prima la incerteza.

Es por ello que nos parece adecuado el tratamiento de este tipo de casos dentro del paradigma que F. Ewald denomina de “seguridad”, y que distingue de los dos que le precedieron:

El paradigma de “responsabilidad”, desarrollado a lo largo del siglo XIX, y basado en el adagio *“pas de responsabilité sans faute”*, que presupone la existencia de un sujeto que individualmente puede prever las consecuencias de sus actos, de las que debe hacerse cargo, configurando un sistema de prevención individual.

El paradigma de “solidaridad”, extendido durante el siglo XX, en el cual se incorpora la noción de riesgo y se expande la figura del seguro como técnica para efectuar su repartición, en un contexto ligado a la utopía de una ciencia que cada día adquiere mayor capacidad de dominio respecto de los riesgos (Ewald, 1997). Se configura aquí un sistema de prevención colectiva.

El tercer paradigma, que es el que nos ocupa, es el de seguridad⁹, 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. La noción de irreversibilidad se encuentra ligada a la idea de desarrollo sustentable y, asimismo, plantea una reformulación respecto del daño. Ello se debe a que, en algunos supuestos, una vez acontecido el perjuicio no hay posibilidad de

⁹ *“Puede ser que en este fin del siglo XX estemos en tránsito hacia el nacimiento de un nuevo paradigma, que no ha encontrado todavía su propio nombre, pero sobre el cual ciertos signos testifican su llegada”* (Ewald, 1996:385).

revertir sus efectos dañosos. Asimismo, pone al descubierto que existen menoscabos que no sólo no pueden ser compensados ni reparados sino que, además, no son valubles económicamente.

Se configura una vulnerabilidad antes desconocida para los individuos, un retorno a las catástrofes, pero ya no provenientes de la naturaleza, sino de la misma actividad del hombre (Ewald, 1997).

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 de prevención individual y colectiva, conforme a los dos paradigmas anteriores y brevemente reseñados.

Dentro de estos supuestos, caracterizados por la incerteza en cuanto a su dañinidad, situamos el caso de los campos electromagnéticos, ya que en éste no hay certeza sobre potenciales daños hacia la salud o el ambiente, y existe la posibilidad de que sus consecuencias hayan de constituirse como graves o irreversibles.

Frente a este tema, tanto las combinaciones subyacentes al paradigma de la responsabilidad como al de la solidaridad se encuentran excedidas.

La idea de prevención individual basada en la noción de culpa no es adecuada. Por su parte, el esquema de prevención colectiva, en el que se desarrolla la figura del seguro como técnica de repartición, detenta 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 establecer su calculabilidad. A su vez, la prevención en el sentido referenciado se torna difícil debido a la carencia de datos e información suficientes. La actitud preventiva puede sólo funcionar respecto de los riesgos previsibles; sus pilares constitutivos no le permiten dar cuenta de la incertidumbre.

Por lo expuesto, la emergencia de la lógica precautoria¹⁰ puede servir como marco para completar la tarea preventiva en casos en los que se trabaja en base a riesgos posibles y, por ende, imprevisibles.

La aparición de este raciocinio se enrola en el marco del último de los paradigmas, el de seguridad, propicio ante aquellos casos en los que existe un peligro de daño grave o irreversible, respecto de los cuales no hay certeza científica. Se inicia una deconstrucción de la noción de ciencia como *“...dominio de las certezas, de las constantes verificables a partir de la experiencia. Ella no es discutible porque ella traduce la verdad científica donde la incertidumbre no tiene lugar...”* (Priour, 2001:10). Por el contrario, se sostiene que la ciencia pierde autoridad (Bechmann, 2004) y ya no se constituye como *“herramienta exacta porque ha abierto sus puertas a la indeterminación, a la incertidumbre e incluso a la paradoja”* (Campione, 2003).

La carencia de certezas no sólo sustenta la duda, sino que se aleja del plano de las evidencias. Es por ello que se afirma que el principio de precaución supone una nueva relación respecto de la ciencia y el conocimiento y *“...nos reenvía a un epistemología de la relatividad del conocimiento científico...”* (Ewald, 1997:116).

Los casos a partir de los cuales se puede entrever esta nueva situación, son cuestiones respecto de las que no es posible aseverar sus consecuencias. Se trata de supuestos en los que predomina la incertidumbre y de los que el saber experto no puede dar cuenta.

Se conjuga la imposibilidad de determinación cierta sobre la dañinidad de una hipótesis de hecho, con el tema de la causalidad, constituyéndose éste como uno de los ejes que mayores complicaciones presenta. La incerteza

¹⁰ Los basamentos filosóficos del principio precautorio han sido analizados por Hans Jonas en su obra *“Le principe responsabilité”* (Ed. du Cerf. Paris. 1990). El autor divide la historia de la humanidad a partir de la ruptura entre mundo antiguo y mundo moderno, considerando que en la relación con la naturaleza se establece un pasaje del hombre como ser dentro de la naturaleza al hombre como dueño y señor de la misma, a partir del desarrollo de la ciencia y tecnología. El individuo adquiere una capacidad de destrucción, tanto de sí mismo como de su entorno, anteriormente desconocida, lo que genera el nacimiento de un nuevo concepto de responsabilidad acorde a ese poder ilimitado. Sostiene el autor que el ámbito ecológico es aquel en el cual se da lugar a las responsabilidades más extremas en un contexto de incertidumbres radicales.

ejerce gran influencia en el marco de la vinculación causal, así como también respecto de la existencia del daño.

En el primer caso, la carencia de certitudes no permite ni el establecimiento de una relación de causalidad basada en datos reales, ni tampoco en regularidades, debido a la falta de información que sustente el funcionamiento de la estadística.

A su vez, ya no se puede referir a un daño cierto y conocido, sino que se trata de daños potenciales, posibles, *“la hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir no evaluable, es decir un no - riesgo”* (Ewald, 1997: 113).

Lo expuesto conlleva a un necesario repensar de la gestión de este tipo de casos. A partir de ello, pueden plantearse diferentes alternativas, entre las cuales destacamos: a) la construcción de nuevos regímenes de causalidad¹¹ en el marco del daño ambiental; b) la creación de nuevas herramientas de gestión del riesgo.

Dentro de la primera opción, aparecen nuevas elaboraciones sobre vínculos causales¹². Esta tesitura da cuenta de un “esquema de ciencia” que no puede ligar claramente los hechos generadores de daños con sus consecuencias, sino que sólo le es dable referir a las posibilidades que existen en relación a su acaecimiento. Este nuevo “esquema”, conlleva una necesaria búsqueda de rigor científico, una mayor atención en relación al fenómeno posiblemente riesgoso, y la organización de mayores estudios al respecto.

Ahora bien, en el plano de la causalidad, propone dejar de lado la relación causal de tipo directa y de corte individualista, construida a manera de causa - efecto, y transformar la misma a partir de la incorporación de lo incierto

¹¹ *“...notre époque abonde en illustrations de causalité complexe...”* (Thibierge, Catherine, 1999 :568).

¹² Entre éstas mencionamos la causalidad distendida, que revela la prolongación del tiempo existente entre el hecho generador y el daño, lo que supone tener en cuenta el factor tiempo y la noción de generaciones futuras, así como también una reflexión sobre el concepto de prescripción; la causalidad multiplicadora a partir de la cual un pequeño hecho generador puede desencadenar grandes efectos por reacción en cadena; la causalidad diluida que da cuenta de la dificultad en la identificación del generador del daño; la causalidad circular que pone en acento en la inseparabilidad e interdependencia de los factores de riesgo; la causalidad probable que tiene en cuenta las incertezas científicas; la causalidad insospechada desconocida en principio y revelada luego, considerando el tópico del riesgo del desarrollo (Thibierge, 1999).

en su seno constitutivo, recomponiendo el presupuesto de causalidad del derecho de daños.

Dentro de esta misma lógica, Néstor Cafferatta¹³, enumera una serie de teorías que han nacido en el ámbito de la responsabilidad civil 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 distancias¹⁴.

Por otra parte, y ante el referido panorama, se da lugar a otra posibilidad que propone la generación de una herramienta de gobierno del riesgo, ya no mediante la transformación del derecho de daños, sino a través de la creación de nuevos mecanismos de gestión. A través de los mismos - y dentro de un escenario en el cual se ha puesto al descubierto la relatividad del conocimiento científico y su consecuente imposibilidad de dominio absoluto respecto del riesgo - cabe asignar trascendencia a la duda, a las opiniones disidentes, a la integración de conocimientos provenientes de disciplinas diversas pero convergentes en torno a una problemática determinada.

En consonancia con lo antedicho se sostiene que el derecho de daños, y aquí pensamos en los daños ambientales y en los daños a la salud, no cuenta con plasticidad suficiente para gestionar de forma adecuada las hipótesis de hecho cuyas consecuencias son desconocidas, la “...*incerteza científica que*

¹³ En su ponencia elaborada con motivo de las “II Jornadas Provinciales y I Latinoamericanas sobre Medio Ambiente” que tuvo desarrollo en Salta, Argentina, en fecha 13,14 y 15 de mayo 2004.

¹⁴ 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 analógico, la “teoría norteamericana de la participación en el mercado”, postula que el demandando 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.

no puede ser abordada desde este sistema jurídico pensado para que la ciencia establezca las causalidades...” (Sozzo, 2006:326).

Se trata, entonces, de repensar la relación entre los postulados de la ciencia y el derecho. Tornándose inadecuado el razonamiento científico de tipo causa - efecto, ya no puede sucederle una argumentación jurídica de ese mismo tenor.

Lo expuesto no significa que la aplicación de la lógica precautoria configure un “principio anticientífico”, por el contrario, la necesidad de rigor científico se consubstancia con el principio de precaución, así como también éste aumenta la necesidad de un procedimiento científico (Noiville, 2004).

Se trata de detectar la posible hipótesis dañosa y, luego, direccionar y organizar los mecanismos necesarios a fin de profundizar el conocimiento disponible a su respecto. De tal modo, *“...Destinado a racionalizar el expertise científico y la decisión política en un período de incertitudes y de controversias científicas, el principio de precaución...impone la evaluación científica de riesgos sospechados...” (Hermitte, 2006:13).*

Este principio implica, entonces, la puesta en marcha de acciones de investigación pertinentes¹⁵. Se trata de poner a disposición los recursos necesarios para el caso en que haya una crisis, lo cual puede ser organizado mediante la formación de fondos de intervención (Kourilsky et Viney, 1999:98).

Dentro de esta lógica de confluencia de saberes en torno a una problemática, podemos acercarnos también a la idea - aunque marginal o minoritaria - de la precaución como pasible de conceder importancia a los argumentos disidentes o marginales, e incluso a razonamientos provenientes de otros marcos.

Luego de la presentación del paradigma de seguridad como adecuado para la gestión de riesgos inciertos, podemos señalar que cada paradigma se

¹⁵ Lo campos de investigación estarán guiados por una reflexión nacional. Sin perjuicio de ello, los autores del Rapport au Premier Ministre sobre el principio de precaución – que fuera presentado en Francia en 1999 -, afirman que existen algunos dominios que son evidentemente pertinentes como la epidemiología, la toxicología, el impacto de sustancias químicas sobre el medio ambiente, la salud y los ecosistemas. A lo cual agregan la posibilidad de estudiar acerca de la fiabilidad de ciertos sistemas complejos como la aviación civil, o analizar la percepción del riesgo (Kourilsky et Viney, 1999).

configura como resultado de la combinación de dimensiones políticas, técnicas y filosóficas.

De este modo, las medidas legislativas en relación al caso, así como también su aplicación judicial, forman parte de esas mixturas y nos permiten realizar su análisis a partir de su racionalidad fundadora, detectando si se basan en la idea de responsabilidad, de solidaridad o de seguridad.

Es nuestra tesis que, si bien el caso de los campos electromagnéticos puede encuadrarse dentro del marco de una “situación de precaución”¹⁶, a partir de los discursos de los actores sociales intervinientes emerge un panorama en el que se conjugan elementos de los diversos paradigmas de responsabilidad. Asimismo, en el tratamiento jurisprudencial que se asigna al caso de los campos electromagnéticos, se concede relevancia al discurso experto como el sustento relevante de las resoluciones, ya sea que en las mismas se aplique o no el principio precautorio. Por el contrario, no se verifica la incorporación de otro tipo de discursos al tratamiento de la problemática, descartándose toda posible apertura a partir de la lógica de precaución.

III.2) De las lógicas que subyacen al caso de los campos electromagnéticos, una mirada a partir de la jurisprudencia y las normativas aplicables. Hacia una ampliación de la hipótesis: sobre los efectos de la positivización del principio precautorio en Argentina.

En este apartado nos proponemos efectuar un acercamiento sobre la manera a través de la cual se articulan las nociones precedentes en el caso concreto de los campos electromagnéticos.

Si bien la racionalidad que subyace al principio precautorio sería propicia para coadyuvar a la gestión de esta hipótesis, en base a las normas jurídicas y jurisprudencia en la materia, detectamos la emergencia de racionalidades disímiles que generan un panorama complejo y desordenado.

Asimismo, como ampliación y complejización de esta tesis, sostenemos que la promulgación - en fecha 27 de noviembre de 2002 - de la Ley de Política

¹⁶ “...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).

Ambiental N ° 25.675 detenta especial relevancia de ntro de este panorama, en razón de que la misma incorpora en su artículo 4, como principio de política ambiental, el 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”*.

Uno de los efectos de esta positivización es la consecuente configuración del conjunto de casos a los que el operador judicial estima como ámbito de aplicación.

A tenor de lo expresado en la normativa, el mismo sería aplicable a supuestos de posible degradación del medio ambiente ante la existencia de un peligro grave o irreversible y desconocido científicamente.

Ahora bien, ¿es el caso de los campos electromagnéticos un supuesto de daño ambiental o de daño a la salud?; es decir ¿se trata de un caso de daño ambiental directo, indirecto o ambos a la vez?

A lo cual agregamos, ¿el daño a la salud se haya comprendido en el marco del daño ambiental?

A partir de la lectura de los decisorios judiciales sostenemos que la sanción de la Ley de Política Ambiental, ha coadyuvado a la aplicación del principio precautorio en aquellos casos en los que el operador judicial plantea el posible daño como atentatorio respecto del medio ambiente¹⁷.

Lo expuesto se desprende de las fechas de las resoluciones judiciales: los tres fallos en que se aplica el principio (en algunos casos de forma directa, en otros no expresamente) son posteriores a la promulgación de la ley; sus argumentos, primordialmente, enfocan el caso como ambiental.

¹⁷ El tratamiento diferencial asignado a los casos medioambientales puede relacionarse con las notas características bajo las que se construye el derecho ambiental. Éste *“...es claramente un derecho que abandona este paradigma moderno o por lo menos procura evitarlo, por resultar directamente disfuncional a sus objetivos primarios. Es un derecho que no emplea la lógica de atribución contractual sino a través de la herencia intergeneracional; admite sujetos colectivos y futuros como las generaciones futuras; abandona la idea moderna del tiempo, vinculando directamente al futuro en las decisiones presentes; abandona la distinción moderna hombre/naturaleza para admitir la noción de una naturaleza tecnificada; admite la limitación de la ciencias; abandona la idea de causalidad adecuada; procura construir un sistema que asegure la precaución y la reparación en especie (recomposición) ... el Derecho ambiental está pensado desde la perspectiva de lo colectivo...”* (Sozzo ,2006)

Por otra parte, en los procesos en que la temática llevada a instancia judicial se considera primordialmente como daño a la salud humana - dentro de los cuales uno de ellos es previo a la sanción de la ley de Política Ambiental -, no se hace aplicación de éste y se pueden identificar con mayor facilidad elementos que son propios de lógicas anteriores del derecho de daños.

Por último, estimamos que en las resoluciones bajo análisis, se verifica la tesitura que introduce la lógica precautoria como elemento que procura la búsqueda de rigor científico, la identificación y profundización de estudios en relación a hipótesis posiblemente dañosas. Por el contrario, se torna más difícil identificar elementos que den cuenta de la trascendencia de las opiniones disidentes, así como también de la apertura hacia otras esferas de saber, en razón del carácter híbrido del fenómeno.

III.2.1.a) De la precaución como argumento principal.

En uno de los casos jurisprudenciales caratulado *“Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora”* de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, cuya resolución es de fecha 8 de julio de 2003, el argumento más importante es la aplicabilidad a la hipótesis de hecho del principio precautorio, que fue adoptado como basamento del decisorio.

Acaecido en la localidad de Ezpeleta, en el mismo se hizo lugar a una medida autosatisfactiva solicitada por la Asociación Coordinadora de Usuarios y Contribuyentes, que - en representación de los vecinos de la zona -, demandó el cese de las obras de cableado y el traslado de la subestación de energía eléctrica “El Sobral”. Los demandados fueron la empresa EDESUR S.A y el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE).

En la primera instancia, por una cuestión formal, la demanda fue rechazada, considerando que las pretensiones alegadas en el marco de las medidas autosatisfactivas requieren de una fuerte probabilidad de la pretensión.

En la segunda instancia, se modifica el decisorio apelado y se hace lugar parcialmente a la demanda, ordenando la suspensión de la obra de cableado destinada a la sobrealimentación de la subestación Sobral. Respecto de la solicitud de traslado se ordena a los demandados - en su calidad de prestararia y de ente controlador del servicio público - la presentación de un informe en el que se indiquen las medidas que se deberán poner en práctica para proteger a los residentes de la zona de los efectos potencialmente nocivos de los cables de alta tensión y de la subestación transformadora de energía eléctrica.

Dentro del marco de la resolución de segunda instancia, el argumento principal es la aplicabilidad al caso del principio precautorio. Se cita especialmente la Ley de Política Ambiental Nacional N ° 25.675 / 2002, que lo establece como una de las orientaciones de política general¹⁸ y cuya sanción data del año anterior al pronunciamiento judicial.

La consideración del caso de los campos electromagnéticos como hipótesis de hecho que podría dar lugar a daños graves o irreversibles para el ambiente, se sustenta en el análisis de los discursos de diferentes actores sociales inmersos en la controversia. Dentro de éstos se asigna principal relevancia a la opinión experta en la materia tanto por parte del tribunal como de los afectados, que si bien afirma la dificultad de ligar causalmente los daños en la salud de los vecinos de la localidad de Ezpeleta y las emanaciones producidas por la subestación transformadora, no niega su posibilidad.

Con relación al vínculo causal, no se puede establecer ciertamente si existe conexión entre la generación de campos electromagnéticos por parte de la subestación y los perjuicios en la salud que se observa en habitantes de la zona. Por el contrario, sostiene uno de los afectados que *"...la Agencia Internacional para la Investigación sobre Cáncer...convocó un panel*

¹⁸ Si bien la presentación del principio precautorio como una orientación de política general suele ser la tendencia general, su carácter no deja de ser controvertido. Dentro de la doctrina francesa existen opiniones contrastadas en relación al valor normativo o juridicidad del principio precautorio. Para un cierto número de autores - entre ellos O. Godard, J. Henri Stahl, M. Long - es una simple directiva destinada a orientar la acción del legislador y de la autoridad reglamentaria, pero no tiene valor jurídico en sí misma. Por otro lado, P. Lascoumes sostiene que se trata de un *"standart de jugement"*, es decir una regla flexible que se deja a disposición del juez que la irá construyendo casuísticamente. Por su parte, afirman A. Laudon y C. Noiville, se trata de regla asimilable a un principio general del derecho (Kourilsky – Viney, 1999).

científico...El resultado fue la clasificación de esos campos como “posiblemente carcinógenos para los humanos...”¹⁹.

Ahora bien, y en razón de las notas constitutivas del raciocinio precautorio, la incertidumbre que se patentiza en el caso no es considerada óbice para la toma de decisiones, *“...esta falta de certeza...no puede obstar a la adopción de medidas preventivas...”*, *“...la falta de certeza científica no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente cuando haya peligro de un daño grave e irreversible...”*.

A partir de la última afirmación transcripta podemos visualizar que el proceso es canalizado como un caso ambiental, lo cual se desprende, asimismo, de los siguientes argumentos: *“...para establecer el grado de responsabilidad y soluciones, cabe liminarmente recordar que el derecho ambiental en nuestro ordenamiento jurídico nacional se encuentra regulado, principalmente, por la Constitución Nacional...a través del art. 41...”*; a lo que se agrega la cita expresa de la Ley 25.675.

Pero, cabe destacar, que dentro de la línea argumentativa, también se considera especialmente el daño a la salud de los habitantes de la zona. Es así como se sostiene que *“...resulta probado, con el grado de certeza requerido en esta etapa procesal, los daños en el medio ambiente y, principalmente, en la salud y calidad de vida de los habitantes de la ciudad de Ezpeleta...”*.

De lo expuesto, inferimos que la atribución preponderante de carácter ambiental al caso analizado, facilita su tratamiento en base al principio precautorio positivizado por la ley de política ambiental meses antes de la sentencia.

Destacamos, asimismo, que dentro de la resolución se emplea uno de los límites respecto de la aplicación del principio precautorio, que es el costo de la adopción de medidas eficaces. Ello se visualiza en la aceptación parcial de la demanda, debido a que respecto de la solicitud de traslado de la subestación,

¹⁹ Fragmento del artículo “Una medida judicial de altísimo voltaje” publicado en el diario Página 12 en fecha 16 de julio de 2003.

se solicita la presentación de un informe de medidas a adoptar por parte de la demandada.

Es así como, en conjunción con los argumentos basados en la afectación de la salud humana que sostiene la parte actora, se tienen en consideración las manifestaciones de tipo socioeconómico y técnico que introduce la empresa demandada. Ésta, además, sustenta su defensa en la existencia de una autorización administrativa para funcionar, con lo cual no habría causación de daño alguno, debido a que se está en presencia de una actividad lícita. Por su parte, el Ente Regulador de la Energía sostiene que sus funciones de control se limitan a verificar el cumplimiento de las pautas contenidas en la Resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación.

III.2.1.b) Fundamento de la aplicación: un extenso listado de argumentos expertos.

En el proceso judicial acaecido en la localidad de Ezpeleta, el discurso científico detenta gran trascendencia dentro de los argumentos del decisorio judicial, así como también respecto de las afirmaciones de los afectados.

Ambos actores postulan la aplicabilidad de la lógica precautoria, apoyándose en los desarrollos del ámbito experto.

Dentro del contenido de la sentencia nos encontramos con que se hace referencia a una multiplicidad de instituciones dedicadas a la investigación del tema, es así como se cita al Programa CEM (campos electromagnéticos) de la Organización Mundial de la Salud y a su Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC). Determina que *“...existe en la actualidad incertidumbre en el conocimiento científico respecto de los efectos en la salud cuando la exposición aún a estos niveles resulta prolongada en el tiempo, lo cual es objeto de modernas y continuas evaluaciones cuyos resultados no estarán disponibles, según lo advierte la propia Organización Mundial de la Salud, hasta dentro de unos años...”*

En base al estado de la controversia científica se plantea la aplicabilidad al caso de la lógica precautoria.

Asimismo, el Tribunal da cuenta de la situación de incerteza y a continuación establece que en los próximos años es posible que se presenten estudios que permitan salir de esa situación. Esta es una afirmación interesante debido a que da cuenta de la consubstanciación entre principio precautorio y la necesaria profundización del desarrollo de investigaciones científicas.

Dentro del marco de la sentencia, no se vislumbran referencias trascendentes respecto de otro tipo de discurso que no sea de índole experta. Sin perjuicio de ello, destacamos la afirmación en la que se advierte que los afectados atribuyen el sufrimiento de dolencias cancerígenas, por parte de residentes próximos a la subestación transformadora de energía eléctrica, a la generación de ondas electromagnéticas. Se refiere a la confección de un plano ilustrativo por parte los vecinos que demostraría que *“las distintas dolencias cancerígenas y psíquicas... aumentan en relación a su cercanía con la Sub-Estación Sobral...”*.

De lo expuesto, podemos destacar que el decisorio es configurado a partir de un escenario incierto dentro del marco científico. Se carece de datos suficientes como para determinar los efectos nocivos a la salud que podrían generarse por la exposición a campos electromagnéticos. Ante la duda científica que subyace a la extensa exposición de argumentos del sector experto, se aplica el principio de precaución. Vislumbramos que no se configura una apertura respecto de otras esferas de conocimiento, sino muy sutilmente. Por último, señalamos que del seno de los argumentos expertos referenciados por el tribunal no hay ninguno que se configure como resultado de una investigación efectuada en el país, ni mucho menos referida expresamente al caso. Sólo se incluyen respecto del supuesto en sí, las certificaciones médicas presentadas por los afectados.

III.2.2) De “alguna referencia” a la noción de precaución.

En el segundo caso bajo análisis, *“Peino, Leonardo Esteban y otros c/ GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”*, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Número 12 de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, en fecha 18 de octubre de 2006, resuelve sobre la medida cautelar planteada por el amparista.

En la resolución, también posterior a la promulgación de la Ley de Política Ambiental, si bien se hace referencia al principio precautorio, no es éste el argumento principal en base al cual se funda el decisorio.

El proceso se inicia a partir de la interposición de una acción de amparo por parte de un grupo de padres de los alumnos del Colegio “San José de la Palabra de Dios” contra el gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Éstos solicitan que, como medida cautelar, se arbitren los medios necesarios para suspender el funcionamiento de una antena de telefonía móvil instalada sobre el techo del establecimiento educativo.

Llegados a la instancia judicial los actores fundan su petición en dos conceptos. El primero, la aplicabilidad al caso del principio de precaución; el segundo, el incumplimiento por parte de la empresa de presentar en legal tiempo y forma el informe de evaluación de impacto ambiental y social (EIAS) y la falta de control por parte del gobierno local de tal procedimiento²⁰.

Al momento de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, si bien el juez menciona la idea de precaución, se basa prioritariamente en la falta de presentación acabada de la EIAS. Decide “...*Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y en consecuencia, ordenar al GCBA a que, por conducto del Ministerio de Medio Ambiente, arbitre los medios para que se suspenda el funcionamiento de la antena de telefonía celular...hasta tanto se resuelva sobre el fondo de la presente acción de amparo, o bien hasta que se acredite en autos que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y la Autoridad ambiental haya extendido la pertinente autorización...*”

Los caracteres de “herramienta predictiva” y de “prueba cabal” asignados por el a quo a la EIAS, parecen sobredimensionarlo, sobre todo en consonancia con el escenario de incertidumbre en el que se despliega el tema de los campos electromagnéticos. Sin perjuicio de ello, se trata de un

²⁰ Requisito exigido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por artículo 5 de la ley 123 (según la reforma introducida por ley 452).

procedimiento técnico - jurídico útil y extendido²¹, pero cuya efectividad nos parece más acabada respecto de los casos de emprendimientos generadores de consecuencias dañosas ciertas para el entorno.

Esta discreción es observable dentro de la misma línea argumentativa en la cual se afirma que “...Se desconoce por completo qué consecuencias disvaliosas sobre el ambiente puede generar la antena que se encuentra funcionando sobre un establecimiento escolar...”.

De lo expuesto se extrae que, si bien se mencionan elementos que subyacen al raciocinio precautorio, se lo hace de manera periférica. Se nombra la existencia del principio y su recepción en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente en su considerando número I, que remite a las afirmaciones sostenidas por la actora. Por otra parte, visualizamos que en la argumentación principal se hace referencia al supuesto de hecho como un caso de índole ambiental. Visualizamos que se inscribe el decisorio en el plano de la evaluación de impacto ambiental, centrándose los fundamentos en la falta de presentación completa de la misma. Ello deja traslucir la relevancia que se asigna al discurso experto en la materia que se patentiza en el contenido de este tipo de procedimiento.

III.2.3) De inmisiones inmateriales ¿adecuación del art. 2618 del Código Civil al tratamiento del caso?

El tercer supuesto en relación al tema de los campos electromagnéticos es “*Espíndola María c/ Movicom Bellsouth s/ Daños Perjuicios*” del Juzgado Civil de Primera Instancia N ° 105 de la localidad de José C. Paz, de fecha 9 de febrero de 2007.

En esta resolución, también posterior a la promulgación de la Ley de Política Ambiental, se hace lugar a la demanda y se ordena a la demandada abonar una indemnización por daño moral, por daños potenciales a la salud y por daño material, así como también se impone a “...la *COMPAÑÍA DE*

²¹ Generalmente se considera que deben presentar EIA los proyectos que son susceptibles de una injerencia importante en el ambiente o en la salud humana. Por ejemplo, en el caso de la reglamentación 101/2003 de la ley de la Provincia de Santa Fe N ° 11.717, las diferentes actividades son discriminadas según distintas categorías, respecto de las cuales sólo las correspondientes a las número 2 y 3 deben efectuar la presentación del estudio de referencia.

TELECOMUNICACIONES MOVILES (ahora Telefónica Móviles Argentina S.A.) y a la MUNICIPALIDAD DE JOSE C. PAZ, en forma solidaria el desmantelamiento total de la torre autosoportada, la antena y demás instalaciones sita en calle Lavalle 2903 de la localidad de José C. Paz Prov. De Buenos Aires, en el plazo máximo de noventa (90) días de quedar firme este pronunciamiento...”.

La actora interpone demanda por daños y perjuicios, tanto contra la empresa Movicom Bellsouth, como contra la Municipalidad de José C. Paz. Asimismo, solicita que se ordene la remoción de la antena “...para evitar se continúen causando daños...funda su reclamo en los términos del art. 2618 del Código Civil...”.

Según Néstor Cafferatta, este artículo del Código Civil es una de las cuatro normativas a las que se encuentra sometido el daño ambiental²². La actora pretende, en base a este fundamento legal, por un lado, una indemnización por los daños ocasionados y, por el otro, la cesación del funcionamiento de la antena debido a las inmisiones inmateriales que de ella se derivan.

En los argumentos elaborados por ambas partes demandadas, vislumbramos un concepto formal de antijuridicidad, en base al cual sustentan sus defensas, lo que nos permite establecer una línea de continuidad con los casos analizados en los apartados III.2.1.a) y III.2.2).

En este supuesto, la trascendencia otorgada a estas argumentaciones es llamativa debido a que el citado art. 2618 es uno de los pocos dispositivos que, en la legislación civil, presenta explícitamente la posibilidad de atribución de responsabilidad sin mediar antijuridicidad formal. Sin perjuicio de ello, la compañía de telefonía móvil sustenta su defensa en la iniciación en tiempo y forma de los trámites requeridos por la Municipalidad de José C. Paz -

²² Según N. Cafferatta, “...En el presente el daño ambiental está sometido a una cuádruple normativa: 1) el régimen de molestias intolerables, restricciones y límites al dominio contenido en el artículo 2618 en las relaciones de vecindad; 2) el régimen de responsabilidad civil común, que con el soporte del artículo 1113, 2° parte, 2° párrafo, responsabilidad objetiva por riesgo creado, atrapa la mayor parte de las causas por daño ambiental; 3) el régimen de responsabilidad especial por daño ambiental e incidencia colectiva, que surge de la ley 25.675 General del Ambiente; 4) el régimen de responsabilidad especial de daño ambiental por utilización de residuos industriales, previsto en la ley 25.612 de Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicio...” (Cafferatta, 2004: 554)

organismo competente en razón de la ubicación territorial en que se encuentra la antena -; y en la autorización que obtuvo de parte de la Comisión Nacional de Comunicaciones, así como también en el cumplimiento de toda la normativa vigente en relación al tema.

La Municipalidad de José C. Paz, por su parte, argumenta que no se ha otorgado habilitación ni permiso alguno para la mentada instalación.

Cabe señalar, que en razón de los argumentos vertidos por la actora, la prueba de la autorización para funcionar no es suficiente para lograr que la demanda no prospere, debido a que se requiere de la prueba de no causación de molestias que excedan de la normal tolerancia. De un análisis del texto de la sentencia obtenemos que si bien el caso podría haberse encuadrado dentro del marco del principio precautorio, el mismo no es introducido por la actora. Por el contrario, el argumento preponderante en la demanda se relaciona con las molestias que genera el funcionamiento de la antena, que exceden de la normal tolerancia y que por tanto deben ser detenidas. Se solicita, asimismo, indemnización por los daños ocasionados, sin referirse específicamente al potencial daño a la salud que podría derivarse por la exposición continuada a radiaciones no ionizantes emanadas de la antena en cuestión.

Frente al contenido del planteo, el juez, en aplicación de la regla “iura novit curia” establece que *“...aún cuando la actora, no hubo planteado en autos, el daño potencial que surge de la exposición permanente a la radiación electromagnética, las que aún por debajo de los límites permitidos en la legislación vigente, resultan potencialmente peligrosos...”* De lo expuesto, obtenemos que la jueza, en su sentencia, introduce la idea de incerteza respecto de la dañosidad de la hipótesis de hecho bajo análisis. Ahora bien, no se hace mención explícita del principio de precaución, si bien puede entreverse que su lógica subyacente es visualizable en el párrafo transcrito.

De lo antedicho, se podría desprender que la estructura del artículo 2618 del Código Civil como fundamento de la demanda, se ve desbordada por este supuesto. La racionalidad constitutiva del texto legal no está pensada para aquellos casos en los que media una situación de incerteza; sino que se lo

presenta como norma de carácter preventivo, específicamente, como herramienta de tutela inhibitoria en el derecho de fondo.

III.2.4) El principio precautorio no es aplicable.

Por último, analizamos dos casos referidos a similares hipótesis de hecho en los cuales no se hizo aplicación del principio precautorio.

Destacamos que, en ambos, los argumentos esenciales dan cuenta de sendos supuestos de hecho como daños a la salud, siendo el primero de los fallos anterior a la sanción de la Ley de Política Ambiental, y el segundo posterior a la misma.

El primero de ellos, *“Farina, Pablo M. c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ Acción de Amparo”*, fue objeto de resolución por parte de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de de la ciudad de Santa Fe en fecha 4 de mayo de 2001.

Se presenta una acción de amparo contra una compañía de telefonía móvil que pretende instalar una antena y su sala de equipamiento en un inmueble de la localidad de Coronda. El actor es vecino del predio lindero, y padece de una enfermedad congénita que lo obliga al uso de audífonos. Este hecho no es menor dado que se considera la posible interferencia que el funcionamiento de la antena podría generar en el aparato.

El demandante introduce en su pretensión la aplicabilidad del principio precautorio como sustento para impedir el emplazamiento, estableciendo incluso un concepto del mismo, que postula *“...que si una obra, tecnología o emprendimiento no puede garantizar en forma absoluta e indubitable la inocuidad del mismo para el entorno, la salud y calidad de vida, se debe dejar de lado...”*.

Por la otra parte, el argumento de la posición de la demandada se basa en el cumplimiento de la normativa aplicable al caso. Se establece que la empresa ha procedido en todo momento de conformidad a las normas legales y reglamentarias aplicables.

Al momento de la resolución, de los argumentos precedentes se descarta la aplicabilidad del principio de precaución y se adopta una postura

tolerante respecto de la consecución de la actividad generadora de radiaciones ionizantes. Lo expuesto puede ser relacionado con la óptica que se atribuye al supuesto de hecho por parte del operador judicial, debido a que dentro de los argumentos detenta mayor relevancia la consideración del caso como supuesto de daño a la salud y no de daño ambiental. Por otra parte, también destacamos que la lógica precautoria no se encontraba positivizada en la legislación interna al momento del dictado de la sentencia.

Se interpreta que ante el escenario de incertidumbre científica, el juez no tiene posibilidad de adoptar una decisión, debido a que no cuenta con el respaldo que le otorga el dictamen experto en la materia. En ambas instancias se hace referencia a la trascendencia del conocimiento experto.

En el segundo caso que tratamos en este apartado, caratulado “*Castellani, Carlos y E. y otros*”, de fecha 11 de marzo de 2003 - posterior a la sanción de la ley de Política Ambiental Nacional -, el Tribunal Superior de Córdoba, también descarta la aplicación de la lógica precautoria.

El mismo se desarrolla en la ciudad de Oncativo en la provincia de Córdoba. Se inicia por la interposición de una acción de amparo en la cual se solicita la suspensión de la autorización para instalar antenas de telefonía celular en la localidad de Oncativo.

La acción tendía a la suspensión y erradicación de cuatro antenas de telefonía móvil, debido a que considera que de su instalación deviene la violación de derechos con jerarquía constitucional como son el medio ambiente, la salud y la propiedad.

En la primera instancia el Juzgado de Instrucción, Menores y Faltas de Río Segundo rechazó la acción. La Cámara de Acusación de Córdoba confirmó el auto apelado. En la tercera instancia el Tribunal Supremo decidió por dos votos contra uno confirmar nuevamente la resolución, declarando improcedentes los recursos planteados. Este Tribunal destaca que “...*en la medida en que no se encuentra acreditada la lesión manifiesta a la salud, a la vida y al medio ambiente que – según los impugnantes – causaría la exposición a campos eléctricos y magnéticos...no se han logrado pruebas fehacientes que permitan concluir que existan consecuencias negativas de la exposición a*

campos electromagnéticos sobre la salud o el ambiente...” Por ende, ante la falta de certeza, se da lugar a la realización de la actividad hasta tanto se compruebe que existe efectivamente peligro de causación de daños en la salud o en el medio ambiente.

Ahora bien, en el presente fallo hay un voto en disidencia del Dr. Juan C. Cafferata que es interesante destacar debido a que afirma la procedencia de aplicación del principio precautorio.

Asimismo, lo consideramos relevante debido a que si bien subyace una lógica de tratamiento del supuesto como daño a la salud, se considera que el principio precautorio es aplicable a ese ámbito, ampliando su margen de actuación.

Concibe como contradictorio que el Tribunal haya señalado la posibilidad de provocación de daños en la salud o el medio ambiente por parte de la generación de ondas electromagnéticas y luego no aplique un criterio precautorio. Resalta que la esencia del principio de precaución *“...es que la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño potencial...La precaución es necesaria cuando dos circunstancias se presentan a la vez: a) falta de certidumbre científica y b) amenaza de daño al ambiente o a la salud humana...”*.

El juez disidente concluye que se verifican ambos extremos en autos. Se funda, principalmente, en los discursos provenientes de expertos que fueran agregados al expediente, de los cuales deduce una interpretación contraria a la expuesta por la mayoría. Introduce la racionalidad precautoria como herramienta de prevención, *“...Las medidas preventivas cuya adopción postulo responden a lo que se conoce como el “principio de precaución”... Nuestra Constitución Provincial establece este principio en su artículo 59 al establecer que el sistema de salud incluye el control de los riesgos biológicos, sociales y ambientales de personas, desde su concepción...”; “...Tales medidas, en el caso, imponen evitar la instalación de las antenas en zonas residenciales, derivándolas a otros lugares en donde se suprima en riesgo...considero que pueden conjugarse y equilibrarse el goce de todos ellos a través de la*

instalación de las antenas en zonas en donde su operación no presente riesgos para la salud y el ambiente...”.

IV) “Sobre dificultades de aprehensión”.

El análisis del caso expuesto deja traslucir la dificultad que el derecho, como herramienta de gestión de riesgos ambientales, presenta al momento de dar tratamiento a hipótesis cuyas consecuencias dañosas son inciertas.

La conjunción de discursos y prácticas, que confluyen a la hora de tratar este tipo de hipótesis híbridas, presentan un panorama desordenado, “incoherente” y, por ende, de difícil aprehensión para el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la lógica precautoria puede constituirse como un instrumento que coadyuve a la gestión de este tipo de casos complejos, dado que en su seno constitutivo se halla la idea misma de incertidumbre.

Cabe señalar, sin embargo, que la introducción de esta racionalidad como variable dentro esquema del derecho de daños, específicamente del daño al medio ambiente y a la salud humana, da lugar a una serie de dificultades que devienen en un conflicto epistemológico, visible a partir de las contradicciones que se generan a la hora de su aplicación. Ello puede visualizarse en los discursos analizados precedentemente, donde se entremezclan elementos correspondientes a las lógicas de responsabilidad, solidaridad y seguridad.

Como hemos ya señalado, podría pensarse en la modificación de ciertos presupuestos de la responsabilidad, posibilitando afirmar que el daño no necesariamente debe ser cierto, ni la relación de causalidad, en todos los casos, adecuada.

Por otro lado, se podría intentar la conformación de una herramienta de gestión del riesgo, que pueda encuadrarse dentro del ordenamiento jurídico, como normativa cuyo eje sea este tipo de problemáticas. Que, por consecuencia, inscriba en su seno la racionalidad precautoria, y, por consiguiente, la noción de incertidumbre.

Ahora bien, sería importante conjugar la noción de incerteza con la necesaria búsqueda de rigurosidad científica, a los fines de tratar de reducir su

margen. Ello mediante la asignación de relevancia a la problemática posiblemente perjudicial, y a través de la organización de medios necesarios para la promoción y agilización de estudios pertinentes.

Por último, es dable señalar que dentro de este marco, la lógica precautoria, confiere otra posibilidad que es la de dar lugar a cierta apertura hacia otras esferas del conocimiento. Es decir, ampliar los discursos en base a los cuales sustentan las decisiones, mediante la incorporación de afirmaciones que han sido olvidadas bajo la preeminencia del discurso experto, entendido éste, a partir de la modernidad, como única forma de conocimiento. (Santos, 2000).

V) Bibliografía

- Bechmann, Gotthard. "Riesgo y sociedad post moderna" en "Gobernar los riesgos, ciencia y valores en la sociedad del riesgo". Biblioteca Nueva OEA. Madrid. 2004.-
- Beck, Ulrich. "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad". Paidós. 1998.-
- Brailovsky, Elio Antonio y Foguelman Dina. "Memoria Verde. Historia ecológica de la Argentina". Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1991.-
- Cafferatta, Néstor "Daño ambiental y colectivo". Ponencia elaborada con motivo de las "II Jornadas Provinciales y I Latinoamericanas sobre Medio Ambiente". Salta, Argentina. 13,14 y 15 de mayo de 2004.-
- Cafferatta, Néstor "Responsabilidad por daño ambiental" en "Tratado de Derecho de la Responsabilidad Civil" de Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa. La Ley, Buenos Aires, 2004.-
- Campione, Roger "El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft" en "La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto". Atelier. Barcelona. 2003.-
- Carr, S. e Ibarra, A. "Las construcciones del riesgo" en "Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo". Biblioteca Nueva OEA. Madrid. 2004.-
- Douglas, Mary "La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales". Paidós. Buenos Aires. 1996.-
- 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 principe de précaution". Que sais je ? PUF. Paris. 2001.-
- Giddens, Anthony y otros. "Las consecuencias perversas de la modernidad". Anthropos. Barcelona. 1996.-

- Hermitte, Marie – Angèle. “La fondation juridique d’une société des sciences et des Techniques par les crises et les risques”. Material del Seminario “Droit des sciences et techniques” dictado en la EHES. Paris. Primer Semestre Año lectivo 2006/7.-
- Jonas, Hans. “Le principe responsabilité”. Ed. du Cerf. Paris. 1990.-
- Kourilsky, Philippe y Viney, Genevieve. “Le principe de précaution”. Rapport au Premier Ministre. Editions Odile Jacob. La documentation française. Paris.1999.-
- Latour, Bruno. “Nous n’avons jamais été modernes. Essai d’anthropologie symétrique”. La Decouverte. Paris. 1997.-
- Noiville, Christine. “Science, décision, action: trois remarques à propos du principe de précaution” publicado en Petites affiches. 1^{er} – 2. Novembre 2004. N. 218 – 219. Paris.-
- Organización Mundial de la Salud. “Estableciendo un diálogo sobre los riesgos de los campos electromagnéticos”. OMS. Ginebra, Suiza. 2005.-
- Prieur, Michel. “Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l’ environnement” en “Incertitude juridique, incertitude scientifique”. Les Cahiers du Crideau. N°3. Pulim. Limoges. 2001.-
- Santos, Boaventura de Souza. “A globalicacio e as ciencias sociais”. Editorial Cortes Editora. Brasil..2000.-
- 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.-
- Thibierge, Catherine. “Libres propos sur le droit de la responsabilité. Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?” Revue Trimestral de Droit Civile. Paris. Juillet – Septembre 1999.-

*Artículos publicados en páginas web: Organización Mundial de la Salud. *¿Qué son los campos electromagnéticos?* (www.who.int/peh-emf/es) – Fecha de acceso: 10.12.2006; “Resolución de Benevento” hecha pública el 19 de septiembre de 2006. Comisión Internacional para la Seguridad Electromagnética (ICEMS), Montepulciano, Italia. (www.icems.eu). Fecha de acceso: 10.12. 2006.-

* Artículos periodísticos: “Indemnizarán a una familia por los daños provocados por una antena” (Página 12, 24 de abril de 2007); “Antenas de telefonía móvil invaden la ciudad” (La Nación, 5 de noviembre de 2006); “A sacar las ondas del colegio” (Página 12, 26 de octubre de 2006); “Reclamo por una antena en un colegio” (Clarín, 29 de mayo de 2006); “Antenas de celulares: controlan por primera vez sus radiaciones” (Clarín, 9 de mayo de 2006); “Se habilitaron las primeras antenas de telefonía celular” (El Litoral, 23 de octubre de 2005); “Una medida judicial de altísimo voltaje”, “El debate llegó a la OMC”, “Lo que dice Edesur” (Página 12, 16 de julio de 2003); “La justicia avala la instalación de antenas” (La Voz del Interior, 12 de marzo de 2003).

* Fallos jurisprudenciales: Demanda, contestación de demanda, sentencia de primera instancia y sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala

2º. 04.05.2001. “Farina, Pablo M. c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ Acción de amparo” (Zeuz, Tomo 89 – J 360); Sentencia del Tribunal Superior de Córdoba, 11.03.2003. “Castellani, Carlos y E. y otros” (Responsabilidad Civil y Seguros. Año V – N ° 6 Noviembre – Diciembre 2003. Buenos Aires); 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); Sentencia respecto de medida cautelar en primera instancia del Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Número 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18.10.2006. “Peino, Leonardo Esteban y otros contra GCBA sobre amparo (art.14 CCABA)” (www.diariojudicial.com.ar); Sentencia en causa 17008/03 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N ° 105 de Buenos Aires “Espíndola María c/ Movicom Bellsouth s/ Daños Perjuicios” (www.diariojudicial.com.ar).

* Material normativo: Leyes nacionales: Ley de Política Ambiental N ° 25675/ 2002; Ley de Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental N ° 25831/ 2000. Leyes y decretos provinciales: Ley de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable N ° 11717/ 1999 y Ley de Telefonía Celular N ° 12.362/ 2004 ambas de la Provincia de Santa Fe; Decreto reglamentario N ° 101/2003 (Reglamenta la Ley N ° 11717/1999 de la Provincia de Santa Fe). Ordenanzas Municipales: Ordenanza 392/2002 de la Municipalidad de José C. Paz. Resoluciones de entes de la Administración Pública: Resolución N ° 202/ 1995 del Ministerio de Salud de la Nación; Resolución N ° 77/ 1998 de la Secretaría de Energía de la Nación; Resolución N ° 3690/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones; Resolución N ° 900/2005 de la Dirección de Política Ambiental de la Provincia de Santa Fe.