

Voces: IMPACTO AMBIENTAL ~ MEDIO AMBIENTE ~ CONTAMINACION AMBIENTAL ~ DAÑO AMBIENTAL ~ DERECHO AMBIENTAL ~ RECURSOS NATURALES ~ MEDIDAS CAUTELARES ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ LEY GENERAL DEL AMBIENTE ~ POLITICA AMBIENTAL ~ LEY DE BOSQUES ~ DERECHO A LA SALUD ~ SALUD PUBLICA ~ PODER JUDICIAL ~ ACCION DE AMPARO ~ ACCION DE DAÑO TEMIDO ~ ACCION DECLARATIVA ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ APRECIACION DE LA PRUEBA

Título: Principio precautorio

Autores: Sozzo, Gonzalo Berros, María Valeria

Publicado en: RCyS2011-III, 28

I. La expansión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana.- II. Un principio propio del poder político.- III. La aplicación del principio de precaución al Estado y la discusión sobre su aplicabilidad a los particulares.- IV. La “apropiación” del principio por parte del poder judicial.- V. Las vías procesales de aplicación del principio de precaución.- VI. Hacia una mayor trans-disciplina.- VII. Democratización de las decisiones.

Abstract: “Si bien el principio de precaución está fundamentalmente ligado al ámbito del poder político existen cada vez más casos en los que el Poder Judicial revisa decisiones administrativas que versan sobre situaciones de precaución, en las que se detectan riesgos que pueden afectar la salud o el ambiente en contextos de incerteza o controversia científica”.

I. La expansión de riesgos ambientales y relativos a la salud humana

La proliferación de riesgos de alto impacto sobre el ambiente y la salud que comienza a desarrollarse hacia la segunda mitad del siglo XX ha operado cambios y replanteos profundos respecto de las decisiones de gestión de riesgos que ponen de manifiesto la alteración en el vínculo entre la política y la justicia con la ciencia así como la relación entre los actores de los mencionados ámbitos y la ciudadanía.

Numerosos eventos catastróficos, "grandes miedos"⁽¹⁾ se conjugan con la propagación de "híbridos"⁽²⁾ y "conflictos socio-técnicos"⁽³⁾ que necesariamente conducen a la articulación de elementos heterogéneos dentro de los procesos de toma de decisiones y dan cuenta de la emergencia de una racionalidad diferente para el gobierno de riesgos controvertidos o inciertos. En consecuencia, los procedimientos y los roles que al interior de los mencionados procesos desempeñan distintos actores de acuerdo al planning moderno que expresa una relación refleja entre ciencia y derecho ⁽⁴⁾ son objeto de críticas y reflexiones profundas y han dado lugar a una revisión de facto que está en marcha y se torna necesario comprender. Efectuar tal ejercicio permite escrutar cómo se reconfigura la interacción entre naturaleza y sociedad, el diálogo entre saberes "expertos" y otras formas de producción de conocimiento que parece dar paso a cierta deconstrucción de la noción de ciencia como único saber válido.

Desde la filosofía ⁽⁵⁾ hacia la teoría social ⁽⁶⁾, se ha problematizado la irrupción de la racionalidad precautoria de diferentes maneras. Estas discusiones se traducen, en el campo del derecho, no sólo a través de la expansión del principio precautorio como uno de los principios centrales del derecho ambiental sino, también, mediante la emergencia de un dispositivo en proceso de construcción imbricado con la mencionada racionalidad y que articula una serie de tecnologías jurídicas heterogéneas como la fijación de mínimos de tolerancia, la generalización de autorizaciones administrativas previas, las regulaciones de alertas tempranas, el diseño de mecanismos de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, la revisión de la actuación de los expertos en esos procesos, las obligaciones de seguir investigando, de seguimiento de productos, la trazabilidad y, por supuesto, el mismo principio precautorio.

Este último requiere de una reflexión en cuanto a su ámbito de aplicación. Como se ha afirmado las crisis e híbridos por su propia naturaleza constitutiva no permiten demarcar líneas divisorias entre ambiente y salud. En el derecho argentino, el principio ha sido positivizado por la Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675/2002 que lo ha incorporado en su artículo 4 como un parámetro a tener en cuenta en su interpretación y aplicación. Con ello pareciera confinarse su ámbito de funcionamiento al campo ambiental y ello se refuerza con otras incorporaciones que se encuentran también en el mismo campo, tales como el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 (preámbulo y art. 22.1) ratificado mediante Ley 24.375, el Protocolo al Tratado Antártico sobre la protección del medioambiente ratificado por la Ley 24.216 (art. 3, 6) y la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26.331/07 (art. 3 inc d). Ahora bien, el interrogante que se puede plantear es si efectivamente el principio de precaución ha de quedar confinado al microsistema del daño ambiental entendido en sentido estricto —también llamado daño ecológico puro— o bien podría atender al problema del daño relativo a la salud humana como daño ambiental indirecto o inclusive más allá a los casos en los cuales existe un daño directo a la salud humana ⁽⁷⁾. Este principio ha sido regulado solamente en el ámbito ambiental, se trata de una regulación microsistémica, que funciona derogatoriamente respecto de las reglas del sistema, en el caso, el de responsabilidad por daños del Código Civil en su ámbito específico, con lo cual las soluciones del primero no pueden ser exportadas pues ello significaría invertir el

principio de que el microsistema parte de los principios del sistema o, lo que es lo mismo, negar la necesidad de su especificidad. Sin perjuicio de ello, se puede efectuar el siguiente razonamiento a los fines de justificar la aplicabilidad de este principio a la salud humana articulando el microsistema ambiental con el contenido que proviene del artículo 41 de la Constitución Nacional que refiere a la idea de derecho a un ambiente "sano" y también establece la obligatoriedad de la nación respecto del dictado de normas de presupuestos mínimos dentro de las cuales se encuentra la Ley 25.657 que, como señalamos, aloja como principio de política medioambiental al precautorio. Desde una interpretación de este tipo se podría argumentar que el principio de precaución es también aplicable a la salud humana (8), pero sólo en los casos en los cuales ese perjuicio se vincule con un menoscabo al ambiente, es decir en los casos denominados de daño ambiental indirecto. Esta problemática ha sido también discutida en otros contextos, por ejemplo, en la jurisprudencia del TPICE en el conocido "affaire Artégodan" en 2002 (9).

En nuestro país, especialmente en la jurisprudencia, el panorama no resulta claro. En efecto, se advierte una tendencia marcada a aplicar el principio cuando los argumentos por los cuales se plantea el caso se vinculan a la materia ambiental —daño ambiental directo—, a diferencia de lo que ocurre cuando los casos son planteados como referidos a un daño a la salud humana vinculado a una causa de contaminación ambiental —daño ambiental indirecto—, lo cual se puede observar, verbigracia, en el caso de la instalación de antenas de telefonía celular o de fumigaciones con agroquímicos. Sin embargo, frente a otras problemáticas que vinculan salud humana y medioambiente los tribunales han decidido la aplicación del principio precautorio aunque sin dar debida cuenta de las razones que llevan a su aplicación fuera del campo ambiental y las condiciones teóricas de dicha exportación (10).

II. Un principio propio del poder político

El principio de precaución está particularmente dirigido a la política en cuanto a su uso programático a mediano y largo plazo y a la administración en su utilización a corto plazo y en situaciones de crisis. Se vuelve necesario no sólo internalizarlo sino, también, aclarar las pautas para su correcta aplicación lo que implica I) reconocer cuáles han sido sus influencias y II) desarrollar las capacidades necesarias para poder utilizarlo.

Con ese objeto se detecta la existencia de algunos documentos que han sido confeccionados con el objetivo de instaurar ciertas condiciones de aplicación a la vez de aclarar algunos de los aspectos centrales que lo configuran: i) el rapport al primer ministro de Francia sobre el principio precautorio realizado por Philippe Kourilsky y Genevieve Viney en 1999 (11); ii) la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el recurso al principio de precaución de 2000; iii) las Pautas para aplicar el principio de precaución a la conservación de la biodiversidad y la gestión de los recursos naturales de UICN de 2005.

El telos que enhebra los documentos enumerados consiste en dotar al "decisor" de herramientas para la toma de decisiones en contextos de controversia o incerteza científica delineando los límites de los diferentes ejes del proceso en el que se imbrican "dos momentos" (12) que requieren ser identificados como tales y correctamente diferenciados. Existe un primer momento ligado al expertise, que puede coligarse a la fase de evaluación de riesgos y otro vinculado con la decisión administrativa, es decir, política lo cual se encuentra tematizado en todos ellos.

Se torna necesaria una delimitación en cuanto a los mencionados momentos que estructuran los procedimientos administrativos. Por un lado, la evaluación de los riesgos y, por otro, la decisión política. Ambos pueden ser desarrollados de modo sucesivo o concomitante, pero se los distingue por revestir una naturaleza constitutiva diferente, por constituir los "dos costados" de la decisión. Por un lado, el "costado científico" que proviene de la evaluación de los riesgos por parte de expertos —que señala la importancia que presenta el problema de la revisión del estatuto de los expertos— y, por el otro, el "costado político", que es articulado por las autoridades competentes en la materia de que se trate. La evaluación de riesgos exige de un importante tratamiento a nivel científico que se configura como base para la posterior toma de decisiones a nivel político. Ello implica una necesaria separación entre el expertise y la decisión política que se basará en los insumos del primer "momento", pero a la vez en valores y criterios "extracientíficos" que es útil y necesario delimitar. Sin perjuicio de ello, de una analítica casuística, se advierte que es difícil la delimitación de tales criterios. Por el contrario, se torna complejo encontrar una lógica sistematizable cuando se analizan los fundamentos en virtud de los cuales se han tomado determinadas decisiones sobre riesgos en un momento y estado de cosas respecto de diversas problemáticas.

III. La aplicación del principio de precaución al Estado y la discusión sobre su aplicabilidad a los particulares

Existen posturas, como la de François Ewald, que sustentan que el principio precautorio es sólo aplicable al Estado (13), mientras que otros como Kourilsky y Viney lo consideran aplicable a todo decisor, independientemente de su carácter. Si bien esto no significa necesariamente que no pueda ser utilizado respecto de los particulares, constituye un indicio importante de que el obligado primario es el Estado, en virtud de su "poder de policía" lo que se traduciría en una aplicación directa en relación al primero e indirecta sobre los segundos (14).

En la normativa argentina no se expresa claramente una postura en relación a este tema. Ahora bien, la

norma legal lo establece como un principio de política ambiental y es el Estado el encargado de llevar adelante las políticas públicas, entre ellas, las políticas medioambientales por lo que puede sostenerse que —indirectamente— se está obligando al Estado a considerarlo en el marco de la toma de decisiones. Lo expuesto se puede sustentar, además, a partir del análisis de algunas de las tantas normas que crean agencias estatales a los fines de gestionar diferentes tipos de riesgos, ya sea riesgos ambientales o riesgos relativos a la salud humana, que tienen fundamentalmente como misión la vigilancia. En Argentina se ha creado una agencia estatal que tiene a su cargo el seguimiento de algunos productos, la "Comisión Permanente de Farmacopea argentina" (creada por ley 16.468/68) que revisa periódicamente la farmacopea según el progreso de la ciencia (art. 11 Ley 16.468/68). Así se encarga a una agencia del Estado Nacional la obligación/función de monitorear el avance científico sobre las fórmulas magistrales y plasmarlo periódicamente a fin de actualizar el formulario terapéutico nacional. También, dentro del problema de los medicamentos, se crea en 2002 el "Departamento de Farmacovigilancia" de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), que tiene por misión recibir, organizar y evaluar las notificaciones sobre efectos adversos de medicamentos después de su autorización y durante su comercialización, que realizan los profesionales de la salud en base, también, al desarrollo de las ciencias en el área. Con similar lógica, la "Ley de sangre" (Ley 22.990/83) determina como obligación del Estado el establecimiento de patrones nacionales para la habilitación y control de la actividad de elaboración de hemoderivados y para establecerlos, tiene la obligación de reelaborarlos permanentemente, actualizándolos, conforme al progreso científico que se produzca en el orden internacional. Otro ejemplo de una tecnología jurídica guiada por la racionalidad precautoria es el sistema de trazabilidad puesto en marcha en Argentina luego del dictado del Reglamento de la UE N° 178/2002 que establece los principios y las prescripciones generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea y determina la obligación de trazar los productos destinados a la alimentación humana; la implementación en nuestro país de un sistema de normas que permiten la "rastreadabilidad" constituye, además de un fenómeno importante del proceso de globalización del derecho, otro supuesto de seguimiento a cargo de agencias estatales.

Sin perjuicio de la aparente aplicabilidad exclusiva a la esfera estatal, a partir de un examen más profundo de algunas normas y jurisprudencia, podemos dudar de tal afirmación categórica. En efecto, se pueden encontrar pautas que nos permiten pensar en la extensión de su ámbito de aplicación a los particulares; por ejemplo, en 1994 la "Ley de Defensa del Consumidor" (Ley 24.240/94), reglamentada por el Decreto 1798/94, señaló en su artículo 4 que los proveedores tienen la obligación, una vez que introducen un producto en el mercado, de informar al Estado y a la ciudadanía si descubren que el producto es peligroso, lo cual supone implícitamente que tienen la obligación de seguir y vigilar ese producto elaborado [\(15\)](#).

IV. La "apropiación" del principio por parte del poder judicial

Si bien el principio de precaución está fundamentalmente ligado al ámbito del poder político existen cada vez más casos en los que el poder judicial revisa decisiones administrativas que versan sobre situaciones de precaución, en las que se detectan riesgos que pueden afectar la salud o el ambiente en contextos de incerteza o controversia científica. En este sentido, François Ewald destaca que el principio conduce a reforzar los controles judiciales sobre la oportunidad de la decisión administrativa, introduciendo la realización de un razonamiento del tipo costo-beneficio en torno al comportamiento de la administración en sus decisiones en relación a riesgos. A ello agrega que, si bien lo que denomina juicios de precaución, son poco numerosos aún, ya se pueden vislumbrar algunas de las preguntas que configuran una posible agenda, verbigracia, cómo efectivamente organizar y ejercer un derecho subjetivo a la precaución; determinar si en el futuro se podrán realizar acusaciones en base a una simple duda y, en tal caso, qué tipo de pruebas se deberían aportar; y, por último, cómo los jueces deberían comenzar a situarse ante situaciones de controversia científica [\(16\)](#).

Estos interrogantes, entre muchos otros que pueden construirse, dan cuenta de la emergencia de una agenda que debe ser trabajada en el ámbito judicial y que postula un relacionamiento entre dicha esfera y el funcionamiento del principio de precaución no ya dentro de su escenario primigenio sino, con posterioridad, en el marco de revisiones sobre decisiones adoptadas por parte del Estado a través de la multiplicidad de instituciones que lo integran.

V. Las vías procesales de aplicación del principio de precaución

El desafío de encontrar las vías para el "ingreso" del principio de precaución se encuentra aún sin resolver. La jurisprudencia muestra que existe una búsqueda por parte de los operadores del campo jurídico entre el repertorio de las acciones de tutela inhibitoria. La raigambre de estos mecanismos es eminentemente preventiva lo que conduce al interrogante sobre cuáles son las condiciones de modalización de tales vías a la luz de la racionalidad precautoria, o bien, de qué modo podrían diseñarse vías de ingreso propias pautadas conforme las características constitutivas de la precaución. Asimismo, se requiere de una revisión acerca del cómo se construye y funciona la pericia científica en este tipo de supuestos que, justamente, postulan una revisión del vínculo entre ciencia y decisión judicial.

V.1. El principio de precaución y la utilización de vías preventivas para funcionar.

Cuando se trata de tomar decisiones sobre riesgos se torna claramente necesario diferenciar cuando se está en presencia de un caso que ha de ser gestionado a partir de una lógica preventiva y cuándo a partir de una

lógica precautoria sobre todo porque los dispositivos jurídicos disponibles han de ser diferentes según se trate de una u otra situación. En el caso de la prevención se trabaja con supuestos cuyas consecuencias dañosas pueden ser previstas. Lo que subyace aquí es la idea de certeza y previsibilidad y ello da lugar a la posibilidad de construir herramientas para el control y gestión de este tipo de riesgos, la más trascendente de las cuales es la figura del seguro, sustentada en el cálculo actuarial y la estadística. Por su parte, en el caso de la precaución, estamos en presencia de una situación diferente, y de un panorama que ha contorneado una racionalidad distinta a la preventiva. El principio de precaución subyace a un marco en el cual prima la incerteza o la controversia, proliferan "híbridos", "riesgos manufacturados" de los cuales las ciencias no pueden dar acabada explicación, ni mucho menos predecir sus efectos ni controlarlos. La confianza que la racionalidad de prevención presenta respecto de la ciencia se deconstruye en este escenario, para pasar a un esquema en el cual la ciencia deja de ser probabilística para ser considerada como un modelo de ciencia inestable y "parlamentaria"⁽¹⁷⁾.

En este sentido, se trata de detenerse más finamente en la cuestión científica, hacer explícito cómo se produce conocimiento en casos complejos y cómo se articulan en la "comunidad científica" las disidencias que son múltiples y variadas.

De este modo, y teniendo en claro si se trata o no de una "situación de precaución", a partir de la racionalidad subyacente en cada caso, podemos diferenciar tecnologías jurídicas que son propias de cada uno de ellos. La racionalidad preventiva emplea como tecnologías el cálculo actuarial, la estadística, el deber de información, las agencias estatales de control previo, seguros y seguridad social, los fondos públicos de reparación y los seguros de carácter obligatorio, "efectos secundarios", balance riesgo/beneficio, recall, boicots; mientras que la precaución recurre a otras herramientas como las moratorias, la construcción de sistemas de trazabilidad, la vigilancia epidemiológica, las audiencias públicas, la protección de los emisores de alertas, la reglamentación de estándares y mínimos de tolerancia, regulaciones por el soft law.

Por otra parte, el principio de prevención está vinculado con la naturaleza constitutiva de la modernidad desenvuelta en el siglo XX, en la que el Estado organiza sistemas de control del daño de manera de distribuirlos colectivamente. El principio de precaución, en cambio, se relaciona con el momento contemporáneo en el que se discute sobre la existencia de un "momento constitucional" en que se estaría construyendo "segunda modernidad" o "posmodernidad" o bien se estaría transitando por un período de transición paradigmática ⁽¹⁸⁾.

Por último, ambas racionalidades plantean una relación diferente con la ciencia. El principio de prevención está basado en un modelo de decisión que confía en el modelo científico de producción de conocimiento; aunque abandona el esquema de ciencia lineal, adoptando un modelo de ciencia probabilística. En cambio, el principio de precaución, se apoya en una ciencia incierta, controvertida, inestable; mucho más impotente y "parlamentaria" en el sentido de reconocer que su funcionamiento interno se asemeja cada vez más a los parlamentos políticos, pues allí también existen "partidos" que son los distintos sectores científicos que, con sus estudios y fundamentos, sostienen diferentes posiciones sobre un mismo tema.

El principio preventivo actúa en el campo de aquellos riesgos que han sido comprobados científicamente, que han de acaecer con cierto grado de probabilidad determinable. El principio precautorio, por su lado, refiere a los supuestos de incerteza o controversia científica, sin que ello importe el constituirse como una "mera hipótesis" de daño, sino como una hipótesis de riesgo sería según el estado del arte respecto de la problemática.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que, en general, los conflictos ambientales en los que se presentan problemas socio-técnicos complejos revisten aristas que pueden articularse con lógicas preventivas o precautorias y que se encuentran ensambladas dada la naturaleza misma de la problemática. Existen figuras "híbridas" cuyo pedigríe si bien responde a una racionalidad preventiva, también asume para sí algunas connotaciones precautorias generadas por las inquietudes que plantea esta última racionalidad. Si se piensa la diferencia desde una perspectiva decididamente constructivista habría que admitir que las ideas de prevención y precaución constituyen construcciones sociales, lo cual obligaría a pensar que el contenido de ambas es eminentemente contextualizado y contextualizable.

V.2. Sobre la "modificación precautoria" de los requisitos de procedencia de las vías procesales preventivas.

El desafío de encontrar las vías para el "ingreso" del principio de precaución se encuentra irresuelto dado que no existen canales propios inspirados en el principio de precaución. La jurisprudencia muestra una búsqueda por parte de los operadores del campo jurídico entre las acciones de tutela inhibitoria que, como se afirmó ut supra, poseen un carácter eminentemente preventivo. Ello podría dar lugar a un proceso de lenta modificación de la prevención a partir de la racionalidad precautoria y es nuestra tesis que este fenómeno se está desarrollando.

Entre los mecanismos de tutela inhibitoria que se utilizaron hasta el momento para hacer ingresar el principio de precaución se destacan: i) acción de amparo; ii) acción por daño temido; iii) medidas cautelares, iv) acción mere declarativa.

En los casos citados se visibiliza una reforma en los recaudos de funcionamiento de estas herramientas procesales que se modalizan a la luz de la racionalidad precautoria. De modo provisional parecen quedar bastante claras dos marcas preliminares. La primera, que la acción de amparo es la que parece poseer un mayor

grado de plasticidad a los efectos de trabajar con el principio precautorio, lo cual se visualiza en la proliferación de casos que solicitan su aplicación vía el planteo de esta estrategia. La segunda, que se torna necesario construir una agenda adaptativa que permita trabajar claramente con la reforma de los requisitos de procedencia de los mecanismos citados y con las limitaciones institucionales que cada una de estas herramientas presenta para funcionar con situaciones precautorias.

Como afirmamos, la vía procesal "preferida" a los efectos de trabajar con situaciones controvertidas o inciertas (19) es la acción de amparo, que es la que parece tener mayor nivel de elasticidad a los efectos de introducir la lógica precautoria. Sin perjuicio de ello, las limitaciones institucionales del amparo son importantes, sobre todo cuando se piensa en términos de urgencia y en la difícil posición en que se encuentra el juez para acceder al debate científico que subyace a ese tipo de casos. Se ha pensado originariamente a la acción de amparo como una acción sustancial de tutela inhibitoria, es decir, para obtener la prevención del daño. Aquí la cuestión es si la acción de amparo es el ámbito adecuado no sólo para la prevención sino para la precaución, considerando que posee grandes limitaciones para desarrollar aspectos probatorios y que los escritos principales del proceso, por lo general, son los que contienen la totalidad de las pruebas, mientras que el principio de precaución requiere para su aplicación una gran profundidad en la indagación científica. En este sentido, lo expuesto no significa que no se pueda aplicar en estos contextos el principio de precaución, sino que el procedimiento necesita ser ajustado para permitirlo de la forma realmente adecuada.

Luego se advierte que también son utilizadas, aunque de modo marginal, algunas otras vías como la acción por daño temido (20). En este supuesto también se visualiza como problema la articulación entre la herramienta de tutela inhibitoria utilizada en el proceso judicial y el principio de precaución, sus requisitos y condiciones operativas de base. Ello es así toda vez que estas vías para la tutela inhibitoria tienen por objeto la evitación de un daño (prevención en sentido estricto) o la detención de un daño que ya ha comenzado a producirse (prevención en sentido impropio), a partir de lo cual se establecen una serie de requisitos de procedencia.

La situación problemática se presenta en los casos en los que debe ser aplicado el principio de precaución ya que existe imposibilidad de trabajar con el concepto de certitud de acaecimiento del daño. Se trata de posibilidades y no de probabilidades, lo que produce un cierto nivel de inadecuación provocada por la rigidez para el funcionamiento de la racionalidad precautoria.

Lo expuesto se verifica cabalmente en esta acción. Las ideas de "daño temido" y de "amenaza del daño" han sido esbozadas en el campo jurídico cuando aún no se conocía la problemática que luego en el tiempo plantearía el principio de precaución y la dogmática la ha postulado como un supuesto de tutela inhibitoria para la prevención del daño previsible, a lo que subyace una racionalidad preventiva.

En el caso resuelto por la Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba N° 5 en fecha 20.03.2007 "Asís, María F. c/Giorda Mario y otros/daño temido" se visualiza el problema de desfase entre prevención y precaución de manera muy clara. La doctrina ha señalado que la reforma de la ley 17.771 introdujo en el artículo 2499 la acción de daño temido sin establecer su procedimiento y los códigos procesales de las provincias, a excepción de Buenos Aires, Mendoza y el código nacional, no cuentan con una regulación específica para materializarla. La doctrina, tanto civilista como procesalista, conviene en que debe asignarse un procedimiento expedito, como la sumaria información o el procedimiento sumarísimo. Siguiendo esta idea sobre la necesidad de observar un principio de urgencia y celeridad, y como la norma del artículo 2499 señala que el juez dispondrá "medidas cautelares", en algunas provincias se admite el proceso cautelar para despachar estas medidas. Esta simbiosis entre acción de daño temido y medidas cautelares, pone en relación sus respectivos requisitos de procedencia: el peligro en la demora y la amenaza de daño. Ahora bien, esta asimilación no puede ser absoluta, pues ello equivaldría a que un medio de tutela inhibitoria procesal —como son las prohibiciones de innovar y la cautelar innovativa— virtualmente absorba a otro medio de tutela inhibitoria de tipo sustancial, la acción de daño temido, exigiéndose sólo el cumplimiento de los requisitos de las medidas cautelares. En todo caso, si se considera que la acción de daño temido debe tramitar por vía del procedimiento cautelar, deben adaptarse al caso los requisitos de procedencia exigidos, modalizándolos. Así, podría exigirse la contracautela, y analizarse la verosimilitud en el derecho, pero en relación al recaudo de "peligro en la demora", debería adaptarse el análisis al caso de la acción de daño temido, ingresando en la indagación acerca de la existencia o no de un daño temido que implique un peligro inminente y el consecuente despacho de la cautelar inaudita parte (21). El requisito de "inminencia" ya existe en el derecho privado al regularse la idea de ruina de la obra. Allí la dogmática ha hecho una acabada hermenéutica al respecto, que puede ser aplicada análogicamente. Ha entendido que ruina inminente es la certeza de que aunque el edificio no ha caído lo hará en el futuro, se trata de un daño cierto aunque futuro. De este modo, para la procedencia de la acción de daño temido, la dogmática unánimemente reconoce que debe acreditarse la amenaza de un daño o el "peligro de daño" (22), un daño probable, en el sentido de que existe certeza de que va a ocurrir con un grado elevado de probabilidad, a partir de la existencia de un riesgo. Por ello la acción de daño temido ingresa en el campo de los mecanismos de tutela inhibitoria preventivos. Ahora bien, en el campo en que la causalidad se piensa en términos de posibilidades este requisito requiere ser repensado desde los insumos que caracterizan la precaución.

También se encuentra jurisprudencialmente abordado el tema de la acción mere declarativa en diálogo con

el problema de las medidas cautelares. La aludida acción parece ser, dentro del marco de las herramientas analizadas, la que reviste menor plasticidad para el ingreso de la precaución si bien se ha intentado en el caso "Asociación Multisectorial Sur el Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26.05.2010 en el que finalmente se desestima un recurso de queja originado en la denegación de un recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable. La acción mere declarativa, regulada por el artículo 322 del C.P.C.yC.N., tiende a obtener un pronunciamiento clarificador a los fines de poner fin a una situación de incertidumbre respecto de una relación jurídica. Si bien se campea sobre el problema de la incertidumbre, se lo hace en el plano del derecho y no se refiere a la incerteza dentro del campo científico que es una condición de aplicación esencial del principio precautorio. Esto no significa que no sea viable la posibilidad de recurrir a medidas cautelares a los efectos de poder canalizar reclamos precautorios respecto del cual la CSJN afirma que son consideradas como sentencias definitivas a los efectos de abrir la instancia del recurso extraordinario con lo que se está efectuando cierta modalización en el plano de las medidas cautelares en la esfera de la problemática ambiental, lo que se visibiliza en el voto de la disidencia. La Corte afirma tanto en este caso como en "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" (CSJN 331: 1622, resolución fecha 08.07.2008) que "...hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente..." (Fragmento "Asociación Multisectorial Sur el Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26.05.2010)

En esta sentencia la CSJN, además, refiere a la acción revisando sus requisitos de procedencia: i) la inexistencia de otro medio legal disponible (art. 322 CPCyCN) y ii) la existencia de una incerteza jurídica. Aquí es donde se vuelve a advertir la rigidez para que esta herramienta se reconfigure a los fines no sólo del ingreso del principio de precaución sino, más ampliamente, en cuanto a la protección del ambiente en general por la disponibilidad de vías alternativas más idóneas o específicas.

El requisito (i) remite directamente a la existencia de vías especialmente diseñadas para la tutela del ambiente no sólo de raigambre constitucional (art. 43 CN) sino también de orden legal (art. 30 Ley 25.675).

En segundo término (ii) refiere a la idea de incerteza, lo cual debe ser objeto de aclaración y demarcación debido a que la incerteza a la que remite está vinculada al plano de lo jurídico y no al plano de lo científico (23). De hecho, se efectúa una comparación entre el principio precautorio y la acción mere declarativa afirmando que "...El primero es un principio jurídico de derecho sustantivo, mientras que la segunda es una regla de derecho procesal. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea "contra legem". Para la acción meramente declarativa se requiere, como se dijo, la demostración de una falta de certeza jurídica que pudiera producir un perjuicio a quien demanda, lo que no puede confundirse con la falta de certeza científica a que alude el principio precautorio. En efecto, esta última no es sobre la relación jurídica, sino sobre el curso de eventos próximos a suceder y si estos causarán un daño grave e irreversible, no al interesado de modo individual sino al ambiente como bien colectivo..." (Fragmento "Asociación Multisectorial Sur el Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26.05.2010)

Desde una mirada sobre este "mapa de la cuestión", se torna relevante iluminar la necesidad de generar una especie de agenda adaptativa que permita a la vez que visitar los requisitos de procedencia de las vías de tutela inhibitoria para la prevención, generar cierto nivel de apertura a los límites que institucionalmente presentan las herramientas procesales indicadas, a los fines de que el principio precautorio pueda ser canalizado de modo más adecuado; o bien crear una "agenda constitutiva" que conduzca a la generación de mecanismos de tutela pensados en relación directa con las hipótesis de daños posibles y las problemáticas que a éstos subyacen.

V.3 Algunos ejes de la agenda judicial a la luz del principio precautorio

V.3.1 Sobre el rol del juez

Es necesario considerar que en las causas ambientales el juez posee un especial rol. De hecho, la Ley General de Política Ambiental determina que debe tener un rol activo (Art. 32 Ley 25.675/2002) lo que incluye diferentes aspectos como: a) el activismo probatorio; b) la facultad de convocar a audiencias públicas y de disponer de medidas de urgencia; c) la posibilidad de fallar ultra y extra petita.

Ahora bien, el contenido del "rol" está siendo delimitado jurisprudencialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en algunas sentencias recientes como la comentada en el apartado anterior en la que el voto de Lorenzetti esgrime que existen límites a las facultades que legalmente se atribuyen a los jueces en este tipo de causas que se pautan de conformidad al principio constitucional del debido proceso. En ese sentido, afirma que "... los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza

se hiciera un análisis de riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción..." (Fragmento "Asociación Multisectorial Sur el Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26.05.2010).

Por su parte, en cambio, el voto en disidencia (Fayt, Maqueda y Zaffaroni) coloca fuertemente el acento en la existencia de tales facultades extraordinarias amplias que poseen los jueces en los procesos ambientales a la luz de los principios preventivo y precautorio, efectuando una remisión a anteriores fallos del Tribunal en que se movilizaron algunos elementos de esta noción desde diversos planos: i) el caso "Asociación de Superficiarios de la Patagonia y otros c/YPF" resuelto el 25.09.2007 en que se asignó tramitación ordinaria a un amparo y ii) el caso "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" en el que se dividieron las pretensiones presentadas por los actores en diversos planos a los fines de "lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención". En ese sentido, se determinó la competencia de la CSJN en materia de daño ambiental colectivo declarándose incompetente respecto de los daños ambientales indirectos o relativos a la salud de cada uno de los actores. A su vez, luego se definió entender en un primer momento (resolución 08.07.2008) sobre la recomposición y prevención del daño futuro dejando para un segundo término lo concerniente a la reparación del daño colectivo.

V.3.2 Sobre la construcción de la pericia científica

Los casos que particularmente versan sobre temáticas controvertidas o inciertas abren una serie de desafíos para los jueces a lo largo del proceso judicial que se vinculan puntualmente con el rapport con la ciencia. Se podría, incluso, pensar en el nacimiento de una suerte de "juzgamiento de precaución" que se configura como una forma original de articular "lo justo" y "la verdad" en un contexto en el que ya no es posible recurrir a la "prueba científica"⁽²⁴⁾ tal y como ha sido entendida y traducida por parte del derecho moderno.

En ese sentido, se requiere de la construcción de un modo de relacionamiento con el expertise diferente del hasta ahora conocido y teorizado por el derecho moderno. Este nuevo paradigma se configura institucionalmente en diversos planos y se debe prever como cuestión central la necesaria implementación de herramientas que permitan a los jueces revisar el manejo de las pruebas científicas. Esta problemática constituye una peculiar forma que adquiere en el campo de la decisión judicial sobre un riesgo incierto, la cuestión más general acerca del modo en que se estructuran las decisiones sobre riesgos y, en particular, de cómo debe separarse y articularse el espacio de la evaluación del riesgo y el de la decisión de gestión. Por tanto, debe ser referenciada e inscripta en este marco de debate.

Los códigos de procedimiento invariablemente establecen la regla de que el juez puede apartarse de la pericia a lo que suman que en caso de producirse dicho apartamiento lo debe efectuar fundadamente. La regulación de las impugnaciones a la pericia que sistematizan estos Códigos es sólo para los casos en los cuales el perito no hubiera respetado las reglas científicas, pero no puede consistir en una crítica política ni jurídica a la pericia. Ahora bien, en la práctica —que podría ser leída como una de las tantas manifestaciones de la relación de subordinación del derecho respecto de la ciencia— esta regla funciona como la regla de la imposibilidad de apartamiento. En efecto, los jueces y los operadores del campo jurídico en general, frente a las cuestiones científicas se encuentran en una posición que no les permite apartarse del conocimiento producido según los cánones del sistema científico. A ello se agrega el problema que les genera la internalización de la complejidad del sistema científico traduciéndola hacia el sistema jurídico ⁽²⁵⁾. Esta traducción tiene que ser capaz de reducir la complejidad del entorno, el problema está dado en que la simplificación requiere un previo grado de comprensión elevado que no puede obtenerse si en el mismo campo científico existen discusiones, incertezas, inestabilidad.

Es por ello que el principio jurídico del ámbito judicial que permite al juez apartarse de la pericia podría ser reivindicado en los procesos que involucran decisiones precautorias. Pero para que esta estrategia sea efectiva debe al mismo tiempo proponerse al juez la vía para obtener conocimientos científicos alternativos y provenientes de otras formas de producción de saberes. El canal más adecuado por el momento y hasta tanto se configure la reforma institucional necesaria parece ser las medidas para mejor proveer o la facultad que otorga, vgr., el C.P.C. y C. de la Provincia de Santa Fe al juez que puede "de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario" (art. 97 C.P.C. y C.)

En este tipo de casos, el juez debe observar algunas reglas adicionales a las típicas de valoración de las pruebas debido a que decide en una situación de precaución. Básicamente, el principio de libre valoración probatoria podría quedar reformulado analizando si se trata de conocimiento científico aceptable lo que implica, a su vez, dos operaciones: i) verificar si se está frente a un conocimiento científico válido, que ha sido obtenido y comprobado científicamente a través de métodos y mecanismos de validación aceptados, en otras palabras, determinar cuál es la ciencia que merece ser admitida y usada en los procesos judiciales ⁽²⁶⁾; ii) que el conocimiento sea ajustado al caso, lo que implica indagar si es adecuado y relevante en relación a los hechos involucrados.

En cierta forma podrían postularse, dentro del plano judicial, algunos de los lineamientos básicos que se proponen para la aplicación de principio precautorio en la esfera política tal y como ha sido pautado en los diferentes documentos que se mencionaron en I. En tal sentido, se trataría de identificar el riesgo respecto del

cual se solicita una decisión. Luego se evaluaría tal hipótesis de riesgo para, en tercer lugar, cartografiar el cuadro controversial o incierto. Se torna necesario identificar los diferentes "posicionamientos" dentro del parlamento científico en caso que ello fuera posible o bien la carencia más o menos absoluta de saberes sobre hipótesis posiblemente riesgosas.

V.3.3. El funcionamiento procedimental del principio de precaución

Según el modo en que se patentice el vínculo con el expertise en cada caso concreto a resolver, el manejo del principio precautorio puede hacerse de manera sustantiva, imponiendo a la autoridad que debe decidir el contenido de la decisión o procedimental, indicando el procedimiento a la autoridad que debe finalmente decidir [\(27\)](#).

Si se observa la lógica constitutiva de procedimientos como el amparo sólo sería posible un uso procedimental y no un uso sustancial de este principio. Ello debido a la estrechez probatoria y la urgencia del amparo que impiden que el decisor pueda hacerse de la información suficiente para establecer con certeza la existencia de una controversia científica. Para ello, lo único que puede hacer es ordenar a la autoridad administrativa que debe decidir realizar el procedimiento de evaluación de riesgos necesario para "mapear" la controversia científica al final del cual deberá decidir.

Existe en la jurisprudencia argentina reciente un caso que adquiere especial relevancia en relación a esta distinción, "Cavigliano Peralta, Viviana y otros c/Municipalidad de San Jorge y otros s/amparo" resuelto en segunda instancia por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe el 09.12.2009, en el que el eje de la discusión circunda en el no cumplimiento de normas legales provinciales que establecen distancias mínimas para las fumigaciones con productos fitosanitarios y la posible afectación a la salud humana por la exposición a los agroquímicos usados para fumigar. En este supuesto se presenta una acción de amparo a fin de lograr prohibir la fumigaciones tanto terrestres (a 800 metros) como aéreas (a 1500 metros) desde la línea urbana y en relación a los campos vecinos al Barrio Urquiza de la localidad de San Jorge.

En primera instancia se ordena la prohibición de las fumigaciones lo que se confirma en segunda instancia por parte de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe por un lapso de seis meses. Ahora bien, la Cámara, en una aplicación que puede ser catalogada como procedimental del principio precautorio, ordena que en tal período el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio de la Provincia (actual Ministerio de la Producción) en conjunto con la Universidad Nacional del Litoral deberán presentar un estudio sobre la toxicidad de los productos utilizados en San Jorge y la conveniencia de continuar o no con las fumigaciones. Y, a la vez, solicita que el Ministerio de Salud efectúe un estudio en los barrios afectados para estimar si durante el plazo de prohibición del uso de fitosanitarios disminuyeron las afecciones en los vecinos. Una vez que se obtengan dichos resultados el juez a quo tendrá a su cargo la decisión sobre el problema.

VI. Hacia una mayor trans-disciplina

El principio de precaución, como hemos afirmado, se inscribe en un contexto de "proliferación de híbridos" lo cual conlleva un necesario replanteo acerca de la forma de producir conocimiento y de gestionar dichas problemáticas. Se trata de partir del problema poniendo en funcionamiento una "estrategia de hibridación" [\(28\)](#) que permita correrse del enfoque que piensa en torno a temas. Por el contrario, las problemáticas han de ser abordadas por un pull de disciplinas y, dentro del ámbito de la regulación jurídica, serán consideradas por diferentes campos de modo concomitante debido a que no son susceptibles de ubicación en un sector del derecho en particular. Por el contrario, se trata de situaciones jurídicas problemáticas que ponen de manifiesto la necesidad de un abordaje por la regulación jurídica entendida en su conjunto como una articulación de diversas tecnologías jurídicas que coadyuvan a la gestión de conflictos.

Esta proliferación de imbroglis también ha puesto en evidencia la impotencia de la ciencia para dar respuesta a los problemas de alta complejidad y se contrapone con la postulación moderna que aparta las ciencias naturales y culturales como dos compartimentos separados al que corresponde su propio y exclusivo objeto de análisis. La complejidad que se expande en el contexto actual, pone de manifiesto la imposibilidad de analizar los fenómenos bajo ese esquema moderno. No es posible que se compartimentalicen los problemas y que cada uno de los miembros de las diferentes disciplinas que estudian los aspectos "artificialmente separados" de una problemática, de cuenta del complejo de explicaciones sin entrar en diálogo con los demás especialistas que aportan en el problema abordado. De este modo, surge evidente la necesidad de contar con un enfoque transversal que permita un diálogo transdisciplinario no sólo entre disciplinas diferentes al derecho sino al interior del propio campo jurídico.

Esta estrategia hibridadora podría ser visibilizada como una herramienta que aporte a un proyecto progresista dentro del campo jurídico. El desafío, entonces, consiste en generar las ingenierías necesarias para poner en práctica este enfoque tratando de dar respuesta a los interrogantes que versan sobre el modo en que el derecho podría traducir esta necesidad de articulación transdisciplinaria, las arquitecturas conducentes a determinar los criterios de conformación de los paneles de expertos científicos, la organización de la investigación jurídica y la organización de la currícula de la carrera de abogacía a partir de un abordaje que sea

consecuente con esta perspectiva.

VII. Democratización de las decisiones

Podría decirse que la participación democrática constituye una especie de "momento previo" a la aparición del principio precautorio. En el campo de la teoría social que se ocupa de los riesgos es una idea fuerte señalar la necesidad de que, tratándose de riesgos colectivos, resulta relevante garantizar la participación ciudadana en la toma de decisiones (29). De hecho, la ciudadanía viene profundizando su voluntad de participar en la toma de decisiones y parece conformarse cada vez menos con decisiones tomadas vía los mecanismos delineados desde la democracia representativa. El respeto del estado de derecho en la decisión de gestión de riesgos colectivos no parece ser suficiente fuente de legitimidad, por el contrario, se torna necesario socializar las decisiones de gestión de riesgos colectivos y democratizar las decisiones (30).

A ello se suma que, tratándose de hipótesis de riesgos inciertos o controvertidos aquella necesidad de "abrir el proceso de toma de decisiones" a la participación ciudadana es más acentuada aún y plantea dos desafíos. El primero, garantizar las condiciones de acceso y de desarrollo del debate, lo que exige prever la forma en que el Estado debería suplementar la falta de potencia de ciertos colectivos sociales para expresarse en la discusión así como, también, evitar que se materialicen episodios de cooptación neocorporativa. El segundo, la regulación de los insides democratizantes en el marco de los procedimientos de toma de decisiones. Respeto de este último aspecto, existe en Argentina una vasta experiencia vinculada a las audiencias públicas y a las asambleas ciudadanas, que debería ser aprovechada a los efectos de aprehender algunas de las lecciones que tales episodios han dejado como huella (31) y que, por otra parte, podría ser una oportunidad para construir el derecho de un modo más democrático en el cual se escuchen las voces de quienes han formado parte de esta conjunción de experimentaciones sociales lo que redundaría, sin dudas, en una potencialidad emancipatoria mayor. El desafío consiste, entonces, en repensar, recrear, imaginar desde una perspectiva al rescate de la experiencia que otorgue relevancia a la tarea de aprender de lo vivido. De lo contrario, se corre el peligro de encorsetar las formas de participación pensándolas para y no con. Si se piensa en estos términos, podría correrse el riesgo de que lo que se construya tenga poco de emancipador y que el diseño resultante sea considerado como irrelevante o como algo evidente por quienes pudieran verse particularmente afectados por hipótesis de riesgo.

Esta estrategia democratizadora no se limita solamente al campo de las decisiones administrativas, sino que incluye a las decisiones vinculadas a riesgos que son tomadas por el Poder Judicial. En este sentido, es destacable la innovación institucional implementada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha diseñado un mecanismo de audiencias públicas regulándolas en la Acordada N° 30/2007. Allí se deja planteado el objetivo de "elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial" y "profundizar el estado constitucional de derecho". A partir de este mecanismo, en el marco de procesos en los cuales se ventilaban riesgos ambientales, han efectuado audiencias públicas en diversas causas entre las que se destacan "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" (M 1569 XL) sobre la contaminación de la cuenca Matanza - Riachuelo; "Salas, Dino y otros c/Estado Nacional s/amparo" (S1144 XLIV) sobre deforestación en la provincia de Salta y "Schroder, Juan c/INVAP S.E. y E.N s/amparo" (S.C. S.569, L.XLIII) sobre importación de residuos.

(1) Martine Rêmond Gouilloud plantea en "El derecho a destruir. Ensayo sobre el derecho del medioambiente" un capítulo destinado a describir "los grandes miedos" en el que enumera importantes catástrofes que tuvieron lugar hacia la última parte del siglo XX: Minimata [1959], Torrey Canyon [1967], Seveso [1976], Amoco - Cadiz [1978], Three Miles Island [1979], el agente naranja [1980], Love Canal [1980], Bhopal [1984], Chernobil [1986], Sandoz [1986] y la marea negra de Alaska [1989].

(2) Bruno Latour referencia una lista de noticias del periódico relativas a problemáticas híbridas que caracteriza como embrollos de "...elementos de la ciencia, de la política, de economía, de derecho, de religión, de técnica, de ficción..." en "Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique". La Découverte. Paris. 1997.

(3) Pensamos los "conflictos socio-técnicos" a partir del enjambre de aristas complejas que presentan y que dan cuenta de la necesidad de abordajes cada vez más complejos y transdisciplinarios. Entre estos casos podemos destacar, a modo de ejemplo, la instalación de las plantas de pasta celulósica en el Río Uruguay, el problema de contaminación de la Cuenca Matanza - Riachuelo, la puesta en funcionamiento de grandes proyectos mineros en varias de las provincias del oeste de Argentina, el conflicto por el uso de agroquímicos para la producción de agroalimentos, entre otros.

(4) Santos, Boaventura de Sousa (2009) "Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho". Editorial Trotta/ILSA. Bogotá.

(5) Verbigracia la obra "Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique" de Hans Jonas. Champs Essai. 1990 en el que el autor problematiza las ideas de progreso y de utopía moderna y propone una suerte de ética de la "esperanza responsable".

(6) Existen diferentes perspectivas en los estudios sociales sobre la problemática del riesgo. Para ampliar ver "El gobierno de los riesgos" Gonzalo Sozzo Coord. Ediciones UNL. 2007.

(7) En esta lógica de diferenciación Ricardo Lorenzetti en el capítulo II de "Teoría del Derecho Ambiental", La Ley, 2008, refiere a la temática mediante la articulación de las siguientes categorías: i) la acción lesiva del ambiente, ii) la acción lesiva de derechos individuales como consecuencias de la afectación de bienes colectivos, iii) la lesión de derechos individuales con efectos sobre el ambiente que considera no tiene más relevancia práctica al haberse consolidado la recepción de los bienes colectivos.

(8) Este mismo tipo de razonamiento se puede realizar respecto de la "Carta del Medio Ambiente Francés". En la misma no existe una expresa aplicación del principio de precaución a la salud humana, sino que se lo positiviza en su artículo 5 con referencia al medioambiente. Si se toma la articulación de los diferentes párrafos de este cuerpo normativo, también podemos efectuar este tipo de razonamiento, dado que en el primer artículo de la Carta se establece "Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé". Esta pregunta acerca de la exportación al ámbito de la salud humana ha sido tematizada, por ejemplo, en "Réflexions sur l'application du principe de précaution au domaine de la santé". de Gilles Brücker, Recueil Dalloz 2007 p. 1546 que puntualiza específicamente en el ámbito de la salud pública.

(9) TPICE, 26 noviembre 2002, Artogodan, T - 74/00, T - 76/00, T 83/00, T -85/00, T- 132/00, T - 137/00, T-141/00 en el que se sostuvo: Bien qu'il soit uniquement mentionné dans le traité en relation avec la politique de l'environnement, le principe de précaution a [...] un champ d'application plus vaste. Il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de a Communauté"

(10) "Bordenave, Sofía A. s/mandamus" (Lexis Nexis N° 35001288) del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 17-03-2005. Se puede profundizar en "Entre ser prudentes y estar informados (sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio)" de Gonzalo Sozzo en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni. 2007.

(11) El "Rapport au Premier Ministre sur le principe de précaution" se encuentra dividido en tres partes: 1) "Le principe de précaution en situation" en la cual se encargan de dar cuenta del surgimiento y desarrollo del mismo; 2) "Les aspects normatifs et judiciaires du principe de précaution" en el que se analizan las pautas legales y la jurisprudencia que aplicó este principio; 3) "Conclusion et recommandations" en la que se esgrimen algunos lineamientos a considerar para el funcionamiento del principio relativos al expertise, la investigación, la transparencia, la decisión política y administrativa, la responsabilidad, los dispositivos de seguridad, los medios de comunicación, entre otros tópicos relevantes. En Canadá, la Agencia de Inspección de Alimentos y Medio Ambiente solicitó en 2001 a la "Société Royal de Canadá" la constitución de un grupo de expertos para efectuar un informe acerca de la reglamentación de alimentos transgénicos en el cual se hace referencia expresa, en uno de sus apartados, a su articulación con el principio precautorio. El objeto del "rapport" fue "... donner à Santé Canada, à l'Agence canadienne d'inspection des aliments et à Environnement Canada des conseils sur les ressources réglementaires et scientifiques dont le gouvernement fédéral pourrait avoir besoin au XXIe siècle pour garantir l'innocuité des nouveaux produits alimentaires issus de la biotechnologie...".

(12) Christine Noiville en su obra "Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du risque acceptable" PUF, 2003, refiere a la "ladera científica" y la "ladera política" en los procesos de toma de decisiones por parte del Estado para la gestión de riesgos.

(13) Sostiene Ewald "... A l'inverse du rapport Kourilsky - Viney, je voudrais plaider que le principe de précaution n'a de sens que comme définissant une responsabilité de l'Etat et qu'il doit y rester confiné. Le principe de précaution ne s'applique qu'aux Etats sans concerner directement les personnes privées. Et ce n'est que dans la mesure où il s'adresse aux Etats, dont il étend les responsabilités, qu'il a un sens..." en "Le risque dans la société contemporaine". Université de tous les savoirs sous la direction d'Yves Michaud. Qu'est - ce les technologies ? Volume 5. Editions Odile Jacob. Paris. 2000. Pág. 18.

(14) Andorno, R. (2002) "El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la era tecnológica" La Ley 2002. Buenos Aires.

(15) Una norma similar en el derecho comunitario es trabajada por Marie - Angèle Hermitte al referirse al artículo 19 del Reglamento N° 178/2002 de la UE que establece las obligaciones de retiro del mercado y aviso a las autoridades públicas en caso de conocerse un peligro para la salud devenido de un determinado producto. Ver: Hermitte, Marie - Angèle "Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution". Recueil Dalloz. N° 22/2007.

(16) Ewald, François, "L'Etat 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° 56/2004. Paris.

(17) Latour, Bruno. "Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie?". La Découverte. Paris. 2004.

(18) Santos, 2009. Op cit.

(19) Ello es particularmente visible en varios supuestos de instalación de antenas de telefonía celular:

Sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 2°. 04.05.2001. "Farina, Pablo M. c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/Acción de amparo"; Sentencia del Tribunal Superior de Córdoba, 11.03.2003. "Castellani, Carlos y E. y otros"; 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 s/amparo (art.14 CCABA)" ; 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"; Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - Sala III, de fecha 25.10.2007 "Agüero, Norberto y otros c/Municipalidad de Cañuelas s/amparo"; Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario - Sala II - 22.11.2007 "Gallo, Susana Beatriz c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)"; y en casos de fumigaciones con agroquímicos: "Di Vicensi, Oscar Alberto c/Delaunay, Jorge s/amparo" resuelto por el Tribunal Criminal Nro 2 de Mercedes (Provincia de Buenos Aires) el 2 de abril de 2008; "Cavigliano Peralta, Viviana y otros c/Municipalidad de San Jorge y otros s/amparo" resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de San Jorge (Provincia de Santa Fe) el 16 de marzo de 2009 y luego por la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe en diciembre del mismo año; "Monsalvo, María Cristina y otro c/Delaunay, Jorge s/amparo" resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de la ciudad de Mercedes (Provincia de Santa Fe) el 6 de mayo de 2010.

(20) 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/daño temido".

(21) Cabe señalar que en realidad no en todos los casos la acción de daño temido puede dar lugar a una cautelar inaudita parte. El Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación exige que el juez se constituya en el lugar y personalmente verifique la existencia de: i) grave riesgo, ii) urgencia en removerlo, iii) temor de daño serio e inminente (art. 623 bis CPCyCN).

(22) Besalú Parkinson, Aurora. "Responsabilidad por daños ambiental". Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2005.

(23) Este tipo de confusiones entre incerteza en ambos planos ha aparecido también en otros casos judiciales. Ver sobre este tema "Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución" de Gonzalo Sozzo en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni, 2008.

(24) Ewald, François "La construction du régime juridique du principe de précaution" Recueil Dalloz. Paris. 2007.

(25) Se puede profundizar sobre sociología de los sistemas en las teorizaciones de Niklas Luhmann así como en el trabajo "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno" de Gunther Teubner en "La fuerza del derecho". Siglo del Hombre. 2003.

(26) Sobre este tema existe un pronunciamiento judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1993 "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc" 113 S. Ct 2786 en el que se diseña el luego denominado "Daubert test" que no es otra cosa que un test a los efectos de delinear los contornos de los criterios de admisibilidad de la prueba científica en el proceso judicial. Este tema fue trabajado en "Procedural paradigms for applying the Daubert test" de Margaret Berger y "Scientific validity, admissibility and mass tort after Daubert" de Joseph Sanders en Minnesota Law Review Volume 78 Junio 1994. Ver sobre la temática de la prueba científica la obra "La prueba" de Michele Taruffo. Filosofía y Derecho. Marcial Pons. Madrid. 2008.

(27) Ewald, F. 2004. Op cit.

(28) Sobre este tema "La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual" de Gonzalo Sozzo en Revista Isonomía. México DF 2005 y "Riesgos del desarrollo y sistema del derecho de daños (hacia un derecho de daños pluralista)" en "Derecho, sociedad y riesgos. La sociedad contemporánea vista a partir de la idea de riesgo". Uniceub Unitar. 2007. En una perspectiva similar se encuentra "Le droit est un autre monde" de Marie Angèle Hermitte publicado en "Enquête". Mayo 2010.

(29) Noiville, C. 2003. Op cit.

(30) Callon, Michel; Lascoumes, Pierre, Barthe, Yannick. "Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique". Seuil. Paris. 2001.

(31) Sozzo, Gonzalo. "Lecciones de Gualaguaychú. De la resistencia a riesgo hacia la construcción de un gobierno alternativo de riesgos ambientales". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época N° 5/2007. Ediciones UNL. Santa Fe.