

LA COMPLEJIDAD DE LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO A TRAVÉS DEL MEDIO AMBIENTE*

THE COMPLEXITY OF THE AWARD OF LIABILITY FOR DAMAGE THROUGH THE ENVIRONMENT

*Renato Antonio Valazza***

Resumen: El trabajo propone analizar los criterios normativos que, según nuestra ley civil, deben presentar el vínculo que ensambla dos hechos y, cuya verificación, permitirá concluir que el primero fue causa del segundo. Describe la mutación conceptual de estas pautas legales, así como la complejidad del proceso verificativo. Se detiene en el estudio de la prueba pericial y las dificultades de su valoración, según se refiera al nexo de causalidad genérico o específico. Finalmente, se destacan algunas propuestas tendientes a brindar mayor previsibilidad en la decisión adjudicativa.

Palabras-clave: Causalidad Adecuada - Riesgo - Daño ambiental - Prueba científica.

Abstract: The paper proposes to analyze the normative criteria that, according to our civil law, must present the link that joins two facts and, whose verification, will allow to conclude that the first was the cause of the second. Describe the conceptual mutation of these legal guidelines, as well as the complexity of the verifying process. It stops at the study of expert evidence and the difficulties of its assessment, as they refer to the generic or specific causal link. Finally, some proposals are highlighted to provide greater predictability in the adjudication decision.

Keywords: Adequate Causality - Risk - Environmental damage - Scientific test.

Sumario: I. Introducción.- II. Enunciado normativo de atribución causal. a) La Teoría de la Causalidad Adecuada desde la perspectiva tradicional. b) La Teoría de la Causalidad Adecuada desde la perspectiva del

*Trabajo recibido el 1 de marzo de 2017 y aprobado para su publicación el día 24 de marzo del mismo año.

** Magister en Derecho y Argumentación. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador en Formación SECYT. Relator de la Cámara Civil, Comercial y Familia de la Cuarta Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Villa María, Provincia de Córdoba.

riesgo creado.- III. Verificación del enunciado normativo de atribución causal. a) Nociones generales. b) Causalidad genérica. c) Causalidad específica.- IV. Conclusión.

I. Introducción

A fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI el hombre comenzó a advertir la potencialidad dañosa de sus acciones. Los avances científicos y tecnológicos permitieron conocer la influencia que tiene su obrar en la producción de ciertos hechos que, en otras épocas, eran considerados “sobrenaturales”, “fruto del destino”, de la “mala suerte”, etc. Afectaciones a la propiedad, a la salud, o la libertad, que antes eran aceptadas con resignación; a partir de ese momento comenzaron a ser pensadas como una consecuencia del actuar de alguna persona, que debe responder por su provocación.

La situación descripta llevó a que la sociedad civil iniciara diferentes reclamos judiciales a fin de poder individualizar y atribuir esta responsabilidad. Sin embargo, sólo ocasionalmente, cuando las fuentes de contaminación habían sido la causa de daños significativos (por ejemplo, en las demandas de principios del siglo XX a las fundiciones y en los grandes derrames de petróleo) o cuando ciertas sustancias particularmente tóxicas habían provocado graves daños de características inconfundibles (como, por ejemplo, el asbesto), estas acciones civiles han sido capaces de obtener indemnizaciones suficientes para compensar los daños provocados.

El principal obstáculo que impidió la procedencia de estas demandas fue el -casi imposible- cumplimiento de las exigencias que los sistemas de responsabilidad extracontractual establecen a los fines de tener por acreditado el nexo causal. La complejidad de este requisito transformó al derecho de daños en una herramienta jurídica incapaz de enfrentar el desafío que implicaba la protección del medioambiente (1). Ello se debió a múltiples razones, entre las que cabe mencionar la continua interacción de los diversos elementos -meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etc.- que conforman el medio ambiente, la desconexión temporal y geográfica de la causa y el efecto, así como sus diversas formas de causación.

Como consecuencia de ello, a fines del siglo XX se inició un proceso de reforma de las normas civiles en busca de facilitar la adjudicación de responsabilidad por daños ambientales. Paulatinamente, los gobiernos han ido reformando su normativa interna y, en la actualidad, la mayoría de los países cuentan con marcos regulatorios de derecho público y privado, destinados a prevenir, recomponer o reparar el daño por contaminación.

En Argentina, el derecho a un ambiente sano fue reconocido expresamente en el artículo 41 de la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1994. Dicha norma fue reglamentada mediante el dictado de la ley n° 25675; la cual tuvo por ob-

(1) LIN, Albert (2005). “Beyond Tort: Compensating Victims of Environmental Toxic Injury”, *Southern California Law Review*, vol. 78, No. 6. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=619389>. Consultado el 02.03.2017.

jeto adaptar el sistema de responsabilidad previsto en nuestra normativa civil a las exigencias de protección del medioambiente. Fueron modificados tres de los cuatro requisitos necesarios y suficientes para el surgimiento de la obligación de reparar el daño causado: el daño (artículo 27), la antijuridicidad (artículos 27 y 29) y el factor de atribución (artículo 28). La relación de causalidad, en cambio, mantuvo su régimen, lo que la transforma en una de las principales vallas que debe sortear quien pretenda la reparación del daño ambiental en nuestro país (2).

En esta oportunidad se propone enfocar el análisis en el estudio de los criterios normativos que, según nuestra ley civil, debe presentar el vínculo que ensambla dos hechos y, cuya verificación, permitirá concluir que el primero fue causa del segundo.

El análisis adjudicativo inicia con la selección de un *Enunciado Normativo de Atribución Causal* (en lo sucesivo, ENAC). Esta proposición se distingue por contener el conjunto de características o cualidades -necesarias y suficientes- que debe presentar el vínculo que ensambla un acto o situación jurídica, con un hecho perjudicial. El *Enunciado Normativo de Responsabilidad*, en cambio, prescribe el conjunto de hechos jurídicamente relevantes a los fines de atribuir un daño. Contiene aquellas propiedades que deben presentar los dos hechos que se pretenden vincular por medio de la relación causal; no las particularidades de este último presupuesto de la responsabilidad.

La primera parte del trabajo enfoca el estudio del ENAC con la finalidad de evidenciar algunas de las ventajas de una hermenéutica sustentada en el pluralismo causal. Esta perspectiva no exige adoptar un único criterio normativo de adjudicación de responsabilidad; sino que -por el contrario- mantiene la conveniencia de apoyarse en diferentes reglas, de acuerdo a un criterio de política legislativa.

El proceso de adjudicación continúa con un análisis epistémico tendiente a valorar la satisfacción de los criterios normativos contenidos en el ENAC por parte del nexo que -según las hipótesis fácticas propuestas por las partes- vincula el acto realizado por, o la situación jurídica de, el supuesto causante del daño y el hecho perjudicial.

En este marco, la segunda parte de este trabajo se centra en describir algunas de las exigencias argumentales que se le plantean al operador jurídico encargado de realizar la tarea verificativa. Principalmente, referidas a la trascendencia -cada vez mayor- del

(2) GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A. (2001). *Daño Ambiental. Problemática de su Determinación causal*, Abeledo Perrot. Buenos Aires; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1ª Edición. Buenos Aires, La Ley, t. I. p. 643. CAFFERATTA, Néstor A. (2010). "Régimen Jurídico del Daño Ambiental." *RCyS 2010-VIII*, 9. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (2004). *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*, Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 159; BESALU PARKINSON, Aurora (1999). "Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Civil frente al Daño Ambiental", *La Ley 1999-F*, 1141 - *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, Tomo V. 01.01.2007, 1525; MÁRQUEZ, José Fernando (2009). "La Sociedad del Riesgo y el Derecho de Daños", *RCyS 2009-X*, 10; CORRAL TALCIANI, Hernán (2008). "La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil por Daño al Medioambiente", en *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Vargas Pinto, Tatiana (edit.), *Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes)* 15, 2008, pp. 205/221. On line: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/causalidad-ambiental.pdf>. Consultado el 02.03.2017.

conocimiento científico en el ámbito del proceso judicial y las ventajas de su justa valoración, en el camino de lograr construir una verdad procesal que se asemeje lo más posible a la verdad real de los hechos.

II. Enunciado normativo de atribución causal

a) La Teoría de la Causalidad Adecuada desde la perspectiva tradicional

Desde la perspectiva de la dogmática jurídica argentina es posible hallar consenso respecto a que la *“Teoría de la Causalidad Adecuada”* es el principal Enunciado Normativo de Atribución Causal que ha receptado nuestra normativa civil.

También es mayormente aceptado que esta construcción conceptual, al igual que las demás teorías individualizadoras (causalidad eficiente, causa próxima, etc.) se sostiene en el entendimiento según el cual no todas las condiciones necesarias para la ocurrencia de un hecho son igualmente relevantes. Siempre hay alguna a la cual es posible atribuirle mayor preponderancia y es ella la que debe ser considerada *causa* del hecho perjudicial. Sin embargo, a diferencia de las demás construcciones conceptuales, la teoría de la causalidad adecuada presupone que todos los hechos no ocurren una sola vez, y que debe hacerse recurso a una regularidad suficiente para determinar cuál es la verdadera causa de los acontecimientos. En función de ello, para esta teoría, *“causa”* es solamente aquella condición que, según el curso normal y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, debiendo regularmente producirlo (3). El derecho *“no es una física de las acciones humanas”* (4), no responsabiliza a quien coloca una simple condición del daño, aunque sea necesaria, si no es -además- *adecuada* o *idónea* para ocasionarlo. Por tanto, si bien la causa es siempre una condición del daño, no toda condición es causa (5).

En función de lo expuesto, se señala que la teoría de la causalidad adecuada exige el paso desde un análisis puramente físico-causal a otro normativo-valorativo (6). Lo importante no es sólo determinar si el hecho fue condición del resultado, sino también atribuir relevancia a una u otra condición por alguna razón valorativa. En este sentido, se reconoció que: *“la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino una teoría de la imputación. Dicho de otro modo, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes*

(3) DIEZ PICAZO, Luís (2000). *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, p. 334.

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín (2012). “El Derecho no es una física de las acciones humanas (Reflexiones sobre el fundamento de la responsabilidad civil. Ámbito de aplicabilidad y extensión del resarcimiento. Culpa y riesgo creado”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Tomo I, 19. RCyS 1999, 1039. RCyS 2012-VII, 285.

(5) ZAVALADE GONZÁLEZ, Matilde (1997). “Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños. Relación de Causalidad”, *La Ley* 1997-D, 1272, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Tomo II, 993.

(6) LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2013). “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, *LA LEY* 12/08/2013, 1. *LA LEY* 2013-D, 1167.

deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación del hecho a una determinada persona” (7).

En consecuencia, para precisar la causa de determinado resultado se requiere formular un juicio de probabilidad (8). No se exige ni fatalidad, ni imperiosa necesidad en la imputación de las consecuencias al hecho; por ende, no es necesaria una certeza absoluta, sino una seria probabilidad que supere el nivel conjetural. Con ello, la teoría de la causalidad adecuada tiene la virtud de quitar todo contenido metafísico a la noción de causalidad. La fuerza de probabilidad que suceda un hecho tiene en cuenta cuestiones estadísticas, y toma en consideración uniformidades naturales y sociales que pueden ser establecidas científicamente (9). Para el juicio de previsibilidad debe tomarse en cuenta criterios objetivos derivados de la experiencia común (10).

El fundamento de este juicio de previsibilidad es explicado adecuadamente por Jorge Bustamante Alsina, al sostener que *“el ordenamiento jurídico puede disponer que el hombre responda hasta donde alcance el poder de su voluntad que es, en definitiva, lo que determina su personalidad. Esta responsabilidad debe llegar hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad: únicamente podrá decirse que se domina por la voluntad esa evolución causal cuando la misma es previsible. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia (teoría de la causalidad adecuada) está dada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo” (11).*

b) La Teoría de la Causalidad Adecuada desde la perspectiva del riesgo creado

La interpretación descripta del párrafo anterior es propia de un contexto económico característico del siglo XIX, en el cual la actividad productiva se basaba, principalmente, en tareas agrícolas, ganaderas y comerciales. Las estructuras de producción

(7) DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit., p. 340 y 341. Al respecto ver BUNGE, Mario (1997). *La causalidad. El principio de Causalidad en la Ciencia Moderna.*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, trad. Hernán Rodríguez; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2006). *Causalidad, Resultado y Determinación. El problema del presupuesto ontológico de los delitos de resultado en ámbitos estadísticos o probabilísticos. In dubio pro reo y “certeza” en la determinación probabilística*, Ad Hoc. 1ª Edición, Buenos Aires; BRUERA, José Juan (1944). *El concepto filosófico jurídico de causalidad: ensayo*, Depalma, Buenos Aires; FIERRO, Guillermo Julio (2002). *Causalidad e Imputación*, Ed. Astrea, Buenos Aires.

(8) BREBBIA, Roberto H. (1995). *Hechos y Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 97. En igual sentido, ORGAZ, Jorge (2003). “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*, Tomo II, p. 931; GOLDENBERG, Isidoro H. (2000). *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, 2ª Edición Ampliada y con Actualización Jurisprudencial, La Ley. Buenos Aires, p. 24.

(9) MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto (2010). “La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?) de la responsabilidad civil”, *RCyS 2010- IV*, 273.

(10) LEÓN GONZÁLEZ, José María (2006). “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles”, en *Estudios de derecho de obligaciones (Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez)*, Eugenio Llamas Pombo (coordinador), *La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), Madrid, t. II, p. 147.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1996). “La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual”, *LA LEY*, 1996-D, 23.

eran muy simples, poco mecanizadas, con fuentes de energía poco peligrosas y, por consiguiente, de fácil control. Dentro de este marco era satisfactorio para los intereses de aquel grupo social que una persona solamente pudiese ser obligada a resarcir los daños que le resultaran previsibles.

Las profundas transformaciones originadas en la irrupción de la sociedad industrializada, con la percepción de los efectos tardíos de la segunda revolución industrial, de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, obligaron a replantear esos viejos esquemas que respondían a una realidad diferente. Se había producido una sensible mutación en todo el medio socio económico, pues la actividad podía desarrollarse a través de máquinas de gran poder, que brindaban la posibilidad de producir más, en menos tiempo, con mejores costos, pero que al mismo tiempo generaban riesgos considerables para terceros, aun sin culpa de su dueño o guardián.

Frente a esta nueva realidad, la responsabilidad extracontractual debió ampliar su campo de aplicación, específicamente con relación a su finalidad disuasoria y compensatoria. Ya no era suficiente imputar responsabilidad a quien, por un hecho propio, provocara daños previsibles; sino imperioso que el individuo incluya en sus decisiones aquellos daños que pudiesen causar las cosas que usa, o actividades que realiza, en su vida diaria con las cuales obtiene algún provecho o beneficio; aun si -respecto a su persona- resultaran totalmente imprevisibles.

En este marco, los criterios normativos que ofrecía la Teoría de la Causalidad Adecuada debieron ser reinterpretados. Diferentes propuestas se realizaron con esta finalidad (12); sin embargo, sólo a partir de la reforma operada por ley 26994, es posible concluir que la previsibilidad dejó de ser un estado mental del sujeto, para comprender también la mayor probabilidad de daños a raíz de la naturaleza, o las circunstancias de utilización o realización, de una cosa o actividad. Así entendida, para ser atribuible a su dueño o guardián, la cosa o actividad debió haber tenido participación activa (13), y el daño provenir de su riesgo o vicio (14).

Conforme a esta nueva interpretación, producido el hecho dañoso deberá considerarse *-ex post facto-* de qué modo se produjo el perjuicio y si la cosa o actividad por

(12) LLAMBIAS, Jorge J. (1977). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 3ª Edición. T. IV-A, n° 2617. p. 517; BUERES, Alberto J. (1981). *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, 2ª Edición, Ed. Abaco, Buenos Aires. p. 181 y ss.; BIANCHI, Alberto (1973). "Daños por el hecho del hombre y por el hecho de las cosas," *JA* 1973-20-262; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1996). *Responsabilidad por riesgo*, 2ª edición, Ed. Hammurabi. Buenos Aires, p. 49; BREBBIA, Roberto H. (1982). *Problemática Jurídica de los Automotores*, T. I. Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 114 y ss.; ORGAZ, Jorge (1969). "El daño con y por las cosas," *LL*. 135-1596; PIZARRO, Ramón D. (1983). *Responsabilidad civil por riesgo y vicio de la cosa*, Ed. Universidad, Buenos Aires, p. 32; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1984). en *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, A C. BELUCCIO (dir.) - E. A. ZANONNI (coord.) t. 5, Comentario al art. 1113, p. 456/457.

(13) MAZZEUD, Henri (1939). "Le 'fait actif' de la chose", en *Études de Droit Civil a la memorie de Henri Capitant*, Dalloz. 1939, p. 523; PIAGGIO, Anibal (2005). "Cosas Inertes: Retorno al requisito de la anormalidad." *La Ley*. 2005-F, 246.

(14) PREVOT, Juan Manuel (2008). "Cosas inertes y nexa causal." *RCyS* 2008, 41.

sí sola, era idónea para provocarlo, es decir, si tenía normal o regularmente capacidad para producirlo, acorde al curso natural y ordinario de las cosas (15). Cuando no se presenta tal exigencia, la cosa asume un rol meramente “pasivo” y, por ello, no alcanza para atribuir responsabilidad objetiva.

Desde esta perspectiva, carece de toda relevancia que el daño resulte previsible para la persona responsable; ésta pudo no haber tenido ninguna participación en los hechos que terminaron por desembozar en la producción del daño. No obstante, si se acredita que obtiene algún tipo de provecho o beneficio deberá responder su propietario o guardián de la cosa o actividad -que jugó un “papel causal” en la producción del daño- (16).

Atento lo dispuesto por el art. 28 ley 25675, la individualización del sujeto responsable por afectar intereses de personas por vía del medioambiente, se realiza dentro de este marco conceptual. Por ello, es necesario tener presente la variedad de interpretación que se observa habitualmente en la evolución de la Teoría de la Causalidad Adecuada, si se quiere alcanzar certeza cuando se analizan los diferentes obstáculos que enfrenta esta construcción conceptual, en procura de cumplir las funciones para las que fue diseñada.

III. Verificación del enunciado normativo de atribución causal

a) Nociones generales

El proceso de adjudicación de responsabilidad continúa con un análisis epistémico destinado a verificar si el nexo que -según las hipótesis fácticas planteadas por las partes- enlaza el acto o situación jurídica que atribuida al demandado y si el daño sufrido por la víctima satisface los criterios normativos contenidos en el ENAC.

Esta tarea comienza con una serie de procedimientos legales específicamente diseñados para transmitir información al operador que se encarga de atribuir responsabilidad y, de esa forma, pueda constatar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos expuestos por las partes siempre que sea una relación binaria.

Entre los procesos legales que la ley presenta para llevar a cabo este cometido, el canal más frecuentemente utilizado por las partes y el operador jurídico resulta ser lo que se conoce como “prueba científica” para justificar la adjudicación de responsabilidad (17). Esto se debe a una forma de interpretación que propone incorporar el conocimiento científico en el proceso judicial, en procura de privilegiar lo que se conoce

(15) TRIGO Y REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2004). Ob. cit., t. I. p. 796.

(16) LEIVA, Claudio Fabricio (2015). “Responsabilidad por daños causados por cosas inertes: La prueba de la intervención activa de la cosa,” *LL Gran Cuyo* 2015 (febrero), 5, *RCyS* 2015-III, 45; MAZZINGHI, Jorge Adolfo (h.) (2013). “La cosa como causa de los daños y la asunción del riesgo por la víctima,” *RCyS* 2013-VII, 29. *La Ley* 05.08.2013, 8, *La Ley* 2013-D, 375.

(17) WEED, Douglas L. (2007). “The Nature and Necessity of Scientific Judgement,” *15 J. L. & Pol’y* (2007). Disponible en: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol15/iss1/6>. Consultado el 02.03.2017.

como verdad objetiva respecto de cómo sucedieron los hechos (18). Por ello, se confía en que este tipo de conocimientos es de aquellos que mejor contribuyen a confirmar los hechos que, conforme los relatos, resulten habitualmente aceptados por el juez, las partes y, en última instancia, dentro de la propia sociedad. Entre los supuestos regulares de atribución de responsabilidad por daños, es usual que el operador que adjudique responsabilidad observe mejor el caso individual cuando las partes del proceso estiman al conocimiento científico como un saber cierto e indiscutible. En este ámbito, es normal que la ciencia se conciba como algo extraño, ajeno, exótico, que viene a proporcionar justicia sobre aquello que se estima acorde con una verdad objetiva (19). Por ello, la validez del conocimiento así obtenido es habitual que se acepte sin cuestionamiento.

La situación es diferente en aquellos procesos donde se debate la adjudicación de responsabilidad por daños a través del medioambiente. En estos casos genéricos, es usual que se pretenda incorporar conocimientos que provienen de una pluralidad de ciencias; cada una de las cuales, estudia y analiza eventos y condiciones diversas, emplea metodologías disímiles de investigación y de demostración y -consecuentemente- pueden conducir a diferentes niveles de confirmación de las proposiciones que se formulan en diversos sectores del conocimiento.

Por ello, en estos supuestos de responsabilidad es usual que el debate haga foco en el conocimiento científico -su corrección, completitud, verificación, manipulación y relevancia-, en los procesos a través de los cuales debe transmitirse al juzgador -calidad "científica" del conocimiento-, respecto del valor convictivo que corresponderá otorgarles, etc.

Este problema ha tomado gran relevancia en los últimos años por la rica y amplia literatura producida en estos tiempos (20) y del mismo modo, por la preocupación que se evidencian en los tribunales por problemas referidos a la científicidad del conocimiento con el cual se asume la pretensión de ingresar al proceso. El caso más comentado, en este sentido, fue la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del

(18) KITCHER, Philip (1995). *The advancement of Science: Science without Legend. Objectivity without Illusions*. Oxford University Press Inc.

(19) DE LUCA, Stefano - NAVARRO, Fernando - CAMERIERE, Roberto (2013). "La Prueba Pericial y su valoración en el Ámbito Judicial Español", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-19, p. 5.

(20) HAAK, Susan (2008). "What's wrong with Litigation-Driven Science? An essay in Legal Epistemology", *Seton Hall Law Review* 38. July 2008. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/228192945_What%27s_Wrong_with_Litigation-Driven_Science_An_Essay_in_Legal_Epistemology_2008. Consultado el 02.03.2017; OLIPHANT, Ken (2016). "Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues", *91 Chi-Kent. L. Rev.* (2016). Disponible en: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/9/>. Consultado el 02.03.2017; HAAK, Susan (2017). "Clues to the Puzzle of Scientific Evidence", Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5251160.pdf. Consultado el 02.03.2017; ROBINSON, Glen O. (1982). "Multiple Causation in Tort Law. Reflections on the Des Cases", *Virginia Law Review*, V. 68. April. 1982. N° 4. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1072725>. Consultado el 02.03.2017; SANDERS, Joseph - MACHAL.FULKS, Julie (2001). "The Admissibility of Differential Diagnosis Testimony to Prove Causation in Toxic Tort Cases: The Interplay of Adjective and Substantive Law". Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1228&context=lcp>. Consultado el 02.03.2017. Consultado el 02.03.2017.

año 1993, en el caso “*Daubert v. Merrell Dow Pharms, Inc.*” (21). En este caso individual, el voto mayoritario elaborado por el juez Harry A. Blackmun indicó los requisitos de cientificidad de las nociones que pueden ser usadas y consideradas relevantes respecto de la prueba, a saber: **a)** el control de habilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; **b)** la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; **c)** la existencia de control realizado por otros expertos a través de la *peer review*; **d)** la existencia de consenso dentro de la comunidad científica de referencia. Se requiere, además, que la prueba en cuestión sea directamente relevante respecto de los hechos que deben ser determinados en el caso concreto (22).

Cabe destacar que la situación descripta exige al juzgador, nada más y nada menos, que admita o declare -dentro del marco del proceso- como *Estado de la Ciencia* una cierta formulación o proposición. Esta tarea requiere de extrema cautela de modo que en base a la misma se hace recaer la tarea de discernir entre fuentes de conocimiento en terrenos ajenos a su saber -el jurídico- que, por lo general, exigen una alta cualificación técnica (23).

El grado de contundencia que se exige al conocimiento científico suele sufrir cambios conforme a la información que se pretende transmitir al juzgador con el objeto de que establezca un nexo de causalidad genérico o específico. En el primer caso, será suficiente acreditar que la realización o utilización de determinada clase de cosas o actividades incrementa la posibilidad de provocar determinada clase de daños. En el segundo supuesto, seguramente se exigirá probar que la utilización o realización de una determinada cosa o actividad por parte del demandado, tiene relación causal con el daño que aduce el actor haber sufrido.

b) Causalidad genérica

Los sistemas normativos establecen diversos regímenes de tolerancia respecto de los riesgos, esto es, en orden al incremento de posibilidad de daño generado a partir del uso de determinadas cosas o concretas actividades. En algunas ocasiones, el legislador valora -*ex ante*- la frecuencia y magnitud de los daños que pueden ocasionar determinadas cosas o actividades y brinda parámetros estrictos respecto a su prohibición, permisión o condición de su uso o realización. Esta metodología valora el principio de seguridad jurídica, al brindar parámetros claros, determinados y certeros, que hacen posible que la sociedad reconozca el margen de tolerancia respecto de determinados riesgos.

(21) “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*” 509 U.S. 57; 1993. Ver también: “*Frye v. United States*”, 293 F.1013 (DC Cir. 1923). Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/cases/frye.htm>. Consultado el 02.03.2017. Corte Suprema de Pensilvania. “*Blum v. Merrell Dow Pharms*”. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1146943.html>. Consultado el 02.03.2017.

(22) TARUFFO, Michele (2002). “Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial”, en *La Prueba, Artículos, y Conferencias*, Editorial Metropolitana, México DF 2002, p. 94.

(23) DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo (2011). “Un singular contraste en la jurisprudencia española sobre el significado jurídico del “estado de la ciencia”: Resoluciones judiciales sobre riesgos de exposición a campos electromagnéticos”, *RCyS 2011-IV*, 3.

En otros sistemas normativos, el legislador se limita a trazar lineamientos relativamente indeterminados y de ese modo, deja en manos del juzgador la tarea de establecer, en casos concretos, si el uso de cosas o la realización de ciertas actividades excede o no el límite a la tolerancia de asumir ciertos riesgos. Este mecanismo permite realizar un análisis del caso concreto, tomando en consideración el actuar de los diferentes protagonistas y las circunstancias que rodearon al evento dañoso. De esta manera, se habilita al juzgador a decidir -con mayor justificación- si se supera o no el límite de tolerancia frente a esos riesgos.

En el ordenamiento jurídico argentino conviven ambos sistemas. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 2 de la ley 24051, señala que “residuo peligroso” es *“todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”*. Seguidamente, el texto de esa norma sostiene que: *“En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley”*.

El sistema judicial de apreciación del riesgo es acompañado, por lo general, de principios que -de alguna manera- limitan el margen de arbitrio del juzgador o -al menos- guían la toma de decisión. En este sentido, cabe destacar que el artículo 4 de la ley 25675 enumera una serie de principios generales, como ideas rectoras del ordenamiento legal ambiental (24).

El principio precautorio resulta de suma utilidad a fin de poder apreciar la eventual configuración de un nexo de causalidad genérico. Esta regla está expresamente contemplada para los supuestos de daño ambiental, pero no existe obstáculo alguno para que también sea utilizada en el marco de la afectación de intereses individuales (25).

Por otro costado, si bien se trata de una directriz diseñada con el objeto de *“impedir la degradación del medio ambiente”*, ello no es óbice para que se la utilice a fin de precisar este segmento del razonamiento adjudicativo. Si el principio precautorio es una herramienta vital para valorar la configuración de la relación de causalidad genérica en ese supuesto no se observa ningún obstáculo para su uso, con ese mismo alcance, en la faz reparadora del daño.

La utilización de este principio resulta vital para sustentar la argumentación que debe desarrollar el juzgador a fin de justificar su decisión relativa a la configuración del nexo de causalidad genérico. Con sustento en él, una frecuencia estadística poco elevada podrá resultar suficiente para tener por acreditado el nexo de causalidad genérico.

(24) CAFFERATTA, Néstor A. (2012). “Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 general del ambiente. Avances y novedades”, *Diario Jurídico La Ley*, 08.11.2012.

(25) PEYRANO, Jorge W. (2014). “Vías procesales para el Principio Precautorio”, *La Ley*, 05.05.2014. La Ley 2014-C, 1123; RODRÍGUEZ, Carlos (2013). “Algunas consideraciones sobre el Derecho Procesal Ambiental”, *Suplemento de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Ambiental*, 18.12.2013.

Otro principio que acude al auxilio del juzgador es el “principio de equidad intergeneracional”. Destacada doctrina especializada, señala que esta regla brinda un lineamiento respecto a la forma en que corresponde aplicar la teoría de la causalidad adecuada en el ámbito de la responsabilidad frente al daño ambiental. Según esta línea de pensamiento, si bien la *“relación de causalidad es diferente de la clásica, no debemos alejarnos de las reglas de la sana crítica ni del concepto de causalidad adecuada. Lo único que debemos hacer es tratar de flexibilizar el requisito de causalidad del concepto de daño, porque, paradójicamente, en palabras del profesor Augusto Morello ‘es igual pero diferente’ que el clásico”* (26).

De acuerdo con ello, el principio de equidad intergeneracional sirve para medir el régimen de causalidad, la previsibilidad, por establecer la obligación de medir los tiempos más lejanos, una previsibilidad mediata que modifica sustancialmente la valoración de las conductas. No es permitido comprometer el interés de las generaciones futuras y ello, lleva a una acción colectiva intergeneracional (27).

Señalan los autores que se enrolan en esta teoría que la protección del ambiente postula una relación distinta respecto del futuro e impone obligaciones que se deben cumplir actualmente, aunque esto pueda denotar un futuro insurgente para el discurso jurídico que se funda en un tiempo determinado y un caso concreto. Satisfacer necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras, implica un cambio radical del vínculo que se avizora entre la construcción de significados que propone el discurso jurídico, en la medida que no solo requerirá “un caso” cuando el tiempo sea actual, sino también cuando se trate de preservar a todos aquellos que no se presentan pero que vendrán en un lapso que el derecho no puede establecer (28).

c) Causalidad específica

Cuando el elemento de prueba que se incorpora al proceso refiere a la intervención activa de la cosa o actividad, y a la circunstancia de que el daño proviene del riesgo por ella generado, la exigencia argumental es mayor. El principio de irresponsabilidad por los hechos ajenos, impide que una frecuencia estadística poco elevada sea suficiente justificativo de la adjudicación de responsabilidad.

En función de ello, la información que se proporcione a partir de la prueba pericial deberá ser superior al 50% para -al menos- servir de sustento a la decisión atributiva. Asimismo, será necesario que el juzgador se sustente en otras circunstancias fácticas a los fines de fundamentar su conclusión al respecto. En este sentido, se considera el

(26) CAFFERATTA, Néstor (2017). “La responsabilidad por daño ambiental.” On Line: <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf>. Consultado el 02.03.2017.

(27) LORENZETTI, Ricardo L. (2003). “La nueva ley ambiental argentina,” *Diario Jurídico La Ley*, 06.05.2003.

(28) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2010). “Ambiente, futuridad y discurso jurídico,” *La Ley* 22.10.2010, 1. *La Ley* 2010-F, 1279.

tiempo y grado de exposición a la fuente del riesgo (29), los niveles de base (30), la aplicación del principio precautorio (31), etc.

Se destaca que, así como una probabilidad inferior al 50% es insuficiente para acreditar el nexo de causalidad específico, tampoco debe exigirse en tal extremo frecuencias superiores al 90%. Quienes así lo postulan soslayan que la certeza científica no es una exigencia de los modelos de adjudicación de responsabilidad. La teoría de la causalidad adecuada se satisface con una probabilidad cierta y la ausencia de un relato más sofisticado. En este sentido, se destaca que: *“la relación de causa a efecto, que el Derecho aprehende, no es aquella, calificada como científica, que exige una ‘certidumbre total’, una seguridad absoluta. Nada de eso, se trata de una posibilidad cierta, de una posibilidad en grado de razonabilidad, tal como el derecho entiende el vocablo”* (32).

El establecimiento de un nexo de causalidad específico, en algún punto, se encuentra en un ámbito gris entre estos dos extremos. Su fijación resultará trascendente no sólo para las víctimas, sino también para quienes provoquen futuros daños en este tipo de acciones. Los primeros tendrán mejores herramientas para identificar a los responsables del daño sufrido, y los segundos la tranquilidad de que no se les imputarán consecuencias que no han contribuido a causar.

En pos de brindar mayor certeza de la decisión adjudicativa, algunos sistemas normativos recurren a una ficción. En este sentido, el artículo 31 de la ley 25675 contiene una presunción de adecuación causal al disponer que, cuando hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación. También el parágrafo sexto de la Ley de Responsabilidad Ambiental establece análoga presunción, al disponer que: *“Si una instalación, dadas las circunstancias del caso particular, es apropiada para originar el daño producido, se presume que el daño ha sido ocasionado por esa instalación”*.

Otra posible vía que puede lograr certidumbre es la recepción de la Teoría de la *Market share liability*; el caso “Sindell” (33) fue pionero en este sentido. Según esta construcción conceptual, la víctima no necesita identificar al concreto autor del daño, sino

(29) Cámara Nacional Civil, Sala E, “Icardi, Lisandro M. y otros c/ Nalco Argentina SA sobre daños y perjuicios e Icardi, Reynaldo Eulogio y otro c/ Nalco Argentina SA s/ daños y perjuicios”, del 14/03/05, LL 05/04/06.

(30) Corte Internacional de Justicia, “Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c/ Uruguay)”, 20.04.2010. Disponible en: <http://www.dipublico.org/cij/doc/177-full.pdf>. Consultado el 02.03.2017.

(31) Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 11 de Mendoza, “Aguas Danone de Argentina SA c. Depromin SA y otros”, 14/04/2010, AR/JUR/ 18928/2010.

(32) MOSSET ITURRASPE, Jorge (1999). “El Daño Ambiental en el Derecho Privado”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge - HUTCHINSON, Tomás - DONNA, Edgardo Alberto (2011). *Daño Ambiental*, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, T. I, Rubinzal Culzoni, p. 133.

(33) Corte Suprema de Justicia de California. “Sindell v. Abbott Laboratories”, 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 163 Cal. Rptr. 132 (1980) (Mosk, J.) (4-3 decision), cert. denied, 101 S. Ct. 286 (1980).

que todos los fabricantes demandados responden frente a cada víctima demandante por el simple hecho de estar en el mercado, esto es, por haber puesto en circulación un producto fungible que es probable que haya producido algunos daños, aunque no se sepa exactamente si se los ha producido el demandante u otra persona.

IV. Conclusión

El presente trabajo tuvo como objetivo describir los criterios normativos que, según nuestra ley civil, debe presentar el vínculo que ensambla dos hechos y, cuya verificación, permita concluir que el primero fue causa del segundo. Ello, en el entendimiento que la verificación del cumplimiento de estas directrices es una de las principales vallas que debe sortear quien pretenda la reparación del daño ambiental en nuestro país.

La propuesta comenzó por describir la mutación conceptual de los criterios normativos contenidos en la Teoría de la Causalidad Adecuada. Se sostuvo que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 28 ley 25675, la eficacia de esta construcción teórica debe ser valorada en cuanto aumento de la probabilidad de ocurrencia de daños y constatación de la intervención activa de la cosa o actividad.

Desde esta perspectiva, se describió el análisis epistémico que realiza el juzgador a fin de valorar la satisfacción de aquellos criterios normativos por parte del nexo que -según las hipótesis fácticas propuestas por las partes- vincula el acto realizado por, o la situación jurídica de, el supuesto causante del daño y el hecho perjudicial. El estudio se centró en la descripción de algunas de las exigencias argumentales que plantea la realización de esta tarea verificativa. Principalmente, referidas a la trascendencia -cada vez mayor- del conocimiento científico en el ámbito del proceso judicial y las ventajas de su justa valoración, en el camino de lograr construir una verdad procesal que se asemeje lo más posible a la verdad real de los hechos.

Este análisis permitió aseverar que, cuando el elemento de prueba que se pretende incorporar al proceso se refiere a la relación de causalidad entre una cosa utilizada, o una actividad realizada, por el demandado y el hecho perjudicial sufrido por el actor, el principio de irresponsabilidad por los hechos ajenos, impide que una frecuencia estadística poco elevada (inferior al 50%) sea suficiente justificativo de la adjudicación de responsabilidad por daño a través del medioambiente.

Desde otro costado, se observó que exigir frecuencias superiores al 90% implica desobedecer las directivas trazadas por la Teoría de la Causalidad Adecuada, según la cual la certeza científica no es una exigencia de este modelo de adjudicación de responsabilidad. Esta construcción conceptual se satisface con una probabilidad cierta y la ausencia de un relato más satisfactorio.

Con sustento en ello, se sostuvo que la verificación del cumplimiento de aquellos criterios normativos se halla en algún punto de esta zona gris ubicada entre estos dos extremos.

A partir de lo expuesto surge la necesidad de establecer un criterio legal o jurisprudencial que permita otorgar mayor previsibilidad en la decisión adjudicativa. Ello

resultará trascendente no sólo para las eventuales víctimas, sino también para aquellos que eventualmente puedan ser considerados posibles dañadores. Los primeros tendrán mejores herramientas para identificar a los responsables del daño sufrido, y los segundos la tranquilidad de que no se les imputarán consecuencias que no hayan contribuido a causar.