

DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

Riesgo, Globalización y Justicia

Sobre este tema de máxima actualidad y notable interés jurídico, habló la doctora Hilda E. Zornosa Prieto, especializada en Derecho de Seguros, en las últimas reuniones de nuestro Centro, durante el mes de agosto.

La conferencista compartió con los integrantes del Centro de estudios, parte del desarrollo de la investigación que está realizando en el Programa de Doctorado de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana y Rosario; ilustró su exposición con el análisis de varios casos reales y abundantes citas bibliográficas; así mismo, explicó que a esta altura de su investigación está convencida de la necesidad de reconstruir minuciosamente los fundamentos teóricos de las categorías jurídicas de la responsabilidad que el derecho, especialmente el civil, ha utilizado hasta hoy.

Transcribimos su argumentación al respecto:

¿Técnica y naturaleza, espacios divergentes?

... **E**s necesario sustraer la polémica de una divergencia entre técnica y naturaleza. Porque ciertamente le asiste

razón a Luhman cuando afirma que la técnica no es sino “el aislamiento más o menos eficaz de las relaciones causales” que permite controlar su curso, planificar recursos, realizar cálculos e identificar errores. Por supuesto, se trata del otro lado de la forma, el cual también, como en la naturaleza, está constituido por una “inmensa complejidad de procesos causales que tienen lugar de manera simultánea”.

La sobre estimación de la capacidad de control, de la posibilidad de obtener ayudas o de contratar seguros, nos induce a asumir el riesgo. La fórmula a través de la cual, especialmente en este siglo, se subvaloró el efecto nocivo y se sobre valoró el beneficio de los avances técnicos, nos ha impedido admitir que, como en la naturaleza, concomitantemente con la reproducción de las causas y efectos deseados, se reproducen aquellos no deseados; la falta de incorporación en el análisis de las causas externas al control humano, condujo a la manifestación de un nuevo orden al que, como contraviene nuestros pronósticos, denominamos caos.

¿Es posible controlar el caos?

El caos es un cúmulo paulatino de consecuencias irreversibles, no deseadas, originado en inexactitudes mínimas en las cuales se incurre al calcular medidas o al incorporar elementos durante el proceso de fabricación de productos o de utilización de la técnica; el caos es también el resultado de eventos súbitos; es el efecto secundario, resultante de la insuficiencia en la realización de las pruebas que permitirían identificar los factores que interfieren el control de las causalidades conocidas.

El caos está constituido por situaciones imprevisibles o incompatibles, entre otras razones, porque el estado de la ciencia, el riesgo de desarrollo, nos impide llevar a cabo una tal previsión; pueden ser acaecimientos previsibles, para cuyo control era indispensable asumir un costo excesivamente alto que la puesta en relación con el beneficio permitió soslayar; también por situaciones

resultantes de una mezcla de causas poco frecuentes de las cuales no es posible aprender, porque raramente se vuelven a presentar. En síntesis, caos es el resultado del insuficiente aislamiento causal, derivado de interferencias, o de causalidades prácticas únicas, de una complejidad de causas y efectos desconocidos, concomitantes al evento en los cuales se incluye la intervención humana. En la combinación de químicos, por ejemplo, con frecuencia se traspasan las fronteras de lo deseado y así se mezcla lo apetecido con lo que se quiso excluir.

Todos los esfuerzos que hagamos para reconocer, también, en el plano normativo, que el enfoque práctico a partir del cual se definen la causa y el nexo causal entre la amenaza y el daño, las relaciones entre la causa y el efecto, los esquemas de la atribución o imputación del daño, han sufrido una transformación en la sociedad, que ya no aparecen limitados geográfica, ni temporalmente, son insuficientes. Debemos empeñarnos para que se acepte jurídicamente la relación que existe entre el hallazgo de concentraciones de plomo, por encima de las dosis definidas como tolerables en la leche materna de la campesina colombiana de Cucunubá y los concentrados alimenticios suministrados a los ejemplares vacunos, equinos, avícolas, o los pesticidas fabricados en Brasii; pero la ciencia del derecho, en algunos países o en determinados eventos, aún se resiste, como si todavía se pudiera aparentar que no nos hemos percatado de este cambio.



Previsión de los efectos secundarios

Ello nos obligará a actualizar la medida y la forma en que hasta ahora hemos calculado la extensión del área de influencia de los efectos secundarios su verdadero radio de acción. ¡Recordemos cómo en la convención de Río de 1992, se denunció el hallazgo de altas concentraciones de D.D.T. en el cuerpo de los pingüinos de la Antártida!

En busca de una nueva concepción sobre los elementos de la responsabilidad

Las formulaciones jurídicas tradicionales sobre el daño, la causa, y el nexo causal, a partir de las cuales se produce la imputación, sucumben en la época tecnológica; ya no dependen ni del lugar, ni del momento, ni de la voluntad, no tienen carácter espacial, carecen de configuración temporal. El régimen de la responsabilidad frente al riesgo ecológico, reclama una nueva concepción una estructura integrada a la realidad social.

El elemento causa requiere una revisión minuciosa; como los riesgos son invisibles, la causalidad no puede basarse en la mera percepción, pues ésta se fundamenta en presupuestos aleatorios, y el verdadero contenido o alcance de los cálculos probabilísticos se suele manipular para adaptarlo a los intereses de ciertos grupos.

Debido a la ausencia de una visión sistemática del mundo, las diferentes especialidades contribuyen a disfrazar las causas y a eludir responsabilidades; no sólo la complejidad que se deriva de la intervención de diferentes agentes contribuye a diluir la causa. El estado de la ciencia, también, por supuesto, incide en la desfiguración de las percepciones.

Es por este motivo que la causa y la relación causal requieren de una nueva formulación teórica en el derecho de la responsabilidad. La llamada causa extraña no puede seguir siendo causal de exoneración de responsabilidad.

Por otra parte, el concepto de imputación también se encuentra huérfano de un tratamiento jurídico distinto. Ciertamente los

riesgos se derivan de las decisiones y los peligros de atribuciones externas y, durante el proceso de toma de decisiones, es imposible eludir las consecuencias de daños futuros. Lo anterior debido a que al no poder ser incorporados al presente como un costo, se terminan aceptando como un riesgo, hacia el futuro. Para los potenciales afectados la amenaza surge de la instancia de decisión que escapa de su control y ésta adopta la forma de un peligro.

En un comienzo creímos posible separar las instancias de decisión de los afectados, pero la globalización del riesgo nos prueba lo contrario; que no pueden ser identificadas, que la atribución del daño se proyecta en el vacío, aunque estimula movimientos de protesta y de crítica social; que la totalidad de la población se convierte en la víctima del daño. Las condiciones de víctima, victimario, beneficiario se confunden.

Esta circunstancia de la imposibilidad de identificar al causante, al culpable, aunada a la de la inviabilidad de incorporar el cálculo del riesgo a la decisión, son las que nos inducen a proponer una nueva formulación teórica.

Fides y solidaridad social

Recordemos cómo la confianza, la fides, es el fundamento de la solidaridad social, ha dado origen a múltiples relaciones que han sido objeto de una regulación jurídica desde el derecho romano. Se confía en quien se espera que obre con cuidado, pero que puede actuar con descuido o abusando del derecho. La institución de la buena fe fue el instrumento que en el derecho civil legitimó la modificación de los efectos jurídicos de los convenios.

El grado de confianza exigible ha venido en aumento; de la prudencia a cargo del buen padre de familia, hemos avanzado hacia el cuidado de un gran empresario, a un requerimiento ligado al conocimiento especializado. No pretendo negar que la figura carezca hoy de relevancia. Es sólo que el riesgo se ubica en situaciones de confianza en las que más tarde se demuestra que lo correcto era partir de la desconfianza. Antes el riesgo se ubicaba del lado del afectado, quien decidía si se exponía o no al perjuicio por eso cuando era defraudado por el otro recibía ayuda social y legal.

Pero los casos ya no son susceptibles de reducción al esquema de conducta digna de confianza o indigna de ella. No nos enfrentamos ya a la simple relación jurídica en la que una persona defrauda la confianza de otro con intención o no de causar daño.

Por ello debemos incorporar nuevas medidas de regulación social a un comportamiento de riesgo en las que ya no es posible acudir a la confianza, la prudencia y el cuidado para legitimar causales de exoneración. Ya hemos visto, cómo las instancias de decisión se apoyan en un conocimiento del tema y de esa manera le imparten seguridad a las determinaciones, por su parte, las potenciales víctimas se encuentran convencidas de que los expertos controlarán o dominarán las diversas circunstancias que se presentan; sin embargo, vimos también que no es posible confiar en la tecnología, ni en la ciencia, comprobamos cómo esa confianza se reduce cada vez más.

Así mismo, la concepción de los alcances del daño como elemento fundamental, como factor sine qua non para la declaratoria de responsabilidad requiere una construcción categórica. Pero dada la trascendencia social y jurídica de esta figura la trataré en un acápite distinto, independiente.

Un debate político sobre el riesgo tecnológico

Finalmente, concluyo esta parte de mis reflexiones sin desconocer la influencia ejercida para su desarrollo por el pensamiento de Habermas quien afirma que sólo el paradigma procedural* del derecho, activado por la sociedad civil en el espacio público político, nos permitirá regenerar la solidaridad social a partir de la práctica comunicativa. La discrepancia de opiniones, el disenso experimentado en el discurso permitirá la reconstrucción razonable de las categorías jurídicas fundamentales para la institución de la responsabilidad en la era tecnológica. El riesgo de la técnica, no puede ser ajeno al debate en la política, ni a los pronunciamientos de la opinión pública.

* Habermas entiende por procedural la utilización de los procesos democráticos para el debate público y la generación de acuerdos que sean resultado de la participación activa de todos los implicados. Lo diferencia claramente del concepto procesalista del derecho, porque sólo en el paradigma procedural los sujetos jurídicos aclaran su posición "sobre intereses justificados y sobre criterios" y se pueden poner de acuerdo "sobre cuáles han de ser los aspectos relevantes bajo los que lo igual ha de tratarse en forma igual y/o lo desigual en forma desigual".

Constitucional la ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida

El 20 de octubre de 1988, las cortes españolas aprobaron la Ley número 35 que reglamenta las técnicas de reproducción humana asistida. En febrero del año siguiente, se presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad, en nombre del Grupo Parlamentario Popular del Congreso.

El recurso se elevó contra "...la totalidad de la ley, y subsidiariamente contra el párrafo del apartado II del preámbulo, que dice textualmente: 'queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión', y concordantes...". Marcelo Palacios. *Reproducción asistida. Discurso y recurso*, Gijón, 1990, p. 23.

También se solicitó al Constitucional la suspensión de la ley, porque su aplicación puede causar daños irreparables en vidas humanas. El Tribunal admitió el recurso pero, negó la segunda petición por estimar que sus facultades no le autorizan para suspender una ley del Estado.

De acuerdo con los recurrentes, la ley quebrantó la garantía que la Constitución Española otorga a la familia como institución; violó el artículo 15 de la Carta

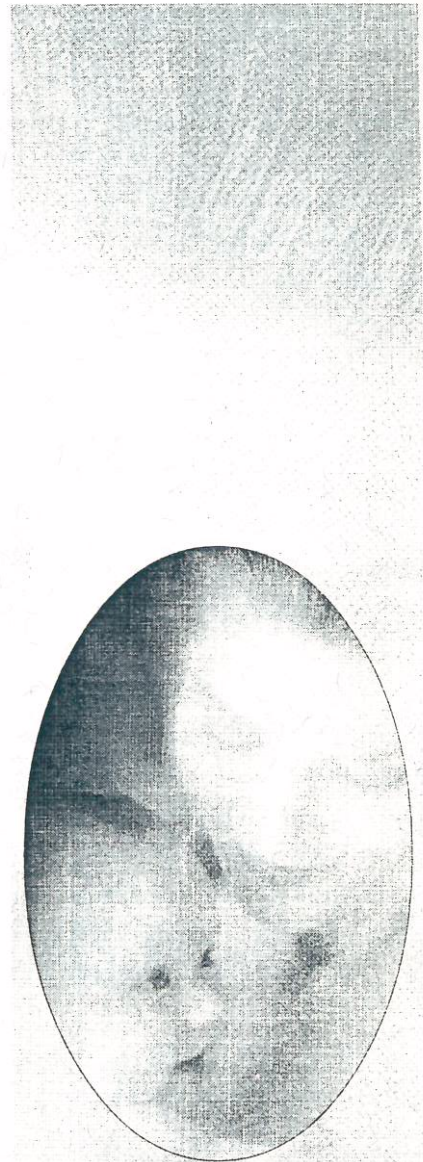
"... pues al establecer que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, el término 'todos' debería extenderse al preembrión ... e infringió el artículo 81.1 ... ya que la Ley 35 de 1988 es ordinaria y no orgánica a pesar de referirse, según los firmantes, a derechos humanos" (Palacios. *Ob. Cit.*, p. 24).

En relación con el cargo de vulneración del contenido esencial del derecho a la vida, el Tribunal consideró que "los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida", pero aclaró que este argumento no puede interpretarse en el sentido de entender que estén privados de toda protección constitucional.

Por lo que atañe al quebranto de las garantías que la Constitución otorga a la familia, argumento defendido con vehemencia por los recurrentes, el constitucional declara que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los diputados recurrentes que sólo ponen el énfasis en la familia "matrimonial y con hijos".

En la próxima entrega de *Derecho y Vida - Ius et Vita*, ofreceremos a los lectores un resumen de la sentencia que ahora anunciamos.

Emilssen González de Cancino.



Noticias del Mundo