

# RIESGO, GLOBALIZACIÓN Y JUSTICIA SOBRE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS CATEGORÍAS BÁSICAS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

*Hilda Esperanza Zornosa*

## I. DE LA CONCEPCIÓN SACRALIZADA DEL PELIGRO A LA SECULARIZACIÓN DEL RIESGO Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

QUISIERA EMPEZAR LA PRESENTACIÓN del tema con la siguiente reflexión: en la sociedad contemporánea las decisiones que involucran riesgo se suelen interpretar *prima facie* con un alcance individual, o a lo sumo se les atribuye un carácter grupal o gremial; si bien los elementos que inciden en la voluntad de asumirlo se fundamentan en cálculos probabilísticos, el eje de la decisión sigue siendo la medición del resultado de las acciones, considerado éste en forma personal. Por otra parte, al darle primacía a estas concepciones privatistas se fragmenta la visión del mundo, y en ellas se traslapa la connotación social del riesgo.

Con el fin de reconstruir el proceso a través del cual se alcanza el nivel de concientización requerido para abordar la problemática actual que involucra el análisis de éste asunto, me acojo a la alternativa propuesta por Mary Douglas consistente en contrastar la noción de pecado con el concepto del riesgo que las acciones de la civilización actual representan para las generaciones presentes y futuras; es decir con la manera como la sociedad contemporánea caracteriza los peligros que nos amenazan. Ello implica hacer un recorrido a lo largo de la historia para reconocer cómo, en esta travesía, el concepto de peligro fue elevado a la condición de pecado, objeto de una categorización fundamentalmente religiosa, moral, y, desde luego, de manera específica, en las distintas comunidades, también la modalidad a través de la cual se identificó el mal<sup>1</sup>.

Por lo demás, como se demostrará más adelante, no resulta desproporcionado afirmar que la inseguridad posee el don de la ubicuidad, que ésta no se deriva en forma exclusiva del ejercicio de actividades peligrosas o de meras conductas que

<sup>1</sup> MARY DOUGLAS. *La aceptabilidad del riesgo según las Ciencias Sociales*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, Prólogo de Jean Bestard, 1996, pp. 13 ss.

exijan la adopción de sofisticadas medidas de control. El accidente amenaza por doquier y, desde luego, ello supone una máxima carga de atención porque «vivir deviene mortal»<sup>2</sup>.

A partir del siglo XIX, con la llegada de la sociedad industrial los accidentes, que empiezan a proliferar, dejan de ser atribuidos a la divinidad y se interpretan como daños ocasionados por los seres humanos que deben ser objeto de un resarcimiento. En un comienzo sus consecuencias se imputan, de manera automática al error del empresario, y el progreso industrial es categorizado jurídicamente, en ese momento, como una actividad culpable; sin duda esta postura fue interpretada como un tratamiento que frenaba el desarrollo<sup>3</sup>.

Por este motivo, afrontar en forma exclusiva los efectos de la incorporación de la tecnología a la actividad industrial con el medio jurídico de la sanción o interviniendo a posteriori resulta a todas luces insuficiente. A la penalización de actividades se opone el mecanismo de la prevención, el cual no se constituye en nada sustancialmente distinto de lo que conocemos como una carga de la prudencia individual, que al adquirir una connotación social se transforma en obligatoria. El derecho se confunde así con la moral social; ésta no puede seguirse reservando en su integridad al fuero interno del individuo, porque en la civilización actual su connotación es claramente política.

Con el transcurso del tiempo, para el resarcimiento de daños sobrevenidos durante el cumplimiento de las funciones laborales la sociedad reconoce, de manera general<sup>4</sup>, que la conducta individual carece de relevancia jurídica. El derecho se preocupa, entonces, por visualizar alternativas que le permitan al empresario distribuir las cargas derivadas del procesamiento industrial de los bienes destinados al consumo colectivo.

Poco a poco, en esta materia, se va decantando la instauración de un régimen de responsabilidad social, objetiva, por virtud de la cual los daños acaecidos durante el desempeño de actividades laborales se desligan del carácter fortuito, pero también de la categoría de la culpa y del delito y, así, el accidente de trabajo empieza a adquirir una identidad propia, la objetividad de lo social<sup>5</sup>.

Debido a este vuelco epistemológico se identifica el ejercicio de la actividad industrial como un evento necesario para el desarrollo del progreso —en el que no es posible eliminar la probabilidad de que el trabajador se vea afectado— y, por ende, como un mal que se debe distribuir entre la sociedad, toda vez que la generación de la riqueza colectiva se fundamenta en la participación de una variedad más o menos organizada de acciones individuales.

El riesgo es, entonces, acogido en el seno de nuestras sociedades como un mal social, no dependiente de la divina providencia, ni de errores imputables a los individuos; más aún, es “legitimado”<sup>6</sup> como una consecuencia necesaria para la búsqueda de un bien común.

<sup>2</sup> FRANOIS EWALD. *L'Etat Providence*, París, Grasset, 1994.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>4</sup> Utilizo la expresión “de manera general”, porque ello no significa que la conducta del sujeto, en el derecho, deje de estar dotada de trascendencia.

<sup>5</sup> Por supuesto que, desde la perspectiva evolutiva jurídica, el tránsito de la responsa-

bilidad civil subjetiva hacia la objetiva —es decir, el decurso de la eliminación progresiva de los elementos subjetivos de la conducta, como condición para atribuir la obligación de indemnizar el perjuicio— amerita un análisis más detallado y profundo que escapa a esta primera aproximación al problema del riesgo.

<sup>6</sup> Esta legitimación es ampliamente

Se acepta la existencia de una categoría distinta, la de un mal puramente secular, importante para la sociedad, todo lo cual la obliga, entonces, al desarrollo de un régimen de solidaridad para distribuir los costos, de manera equitativa, entre todos los destinatarios del progreso social.

La jurisprudencia y la ley se preocupan por el valor de la persona humana y a partir de allí se radica la responsabilidad en la colectividad, buscando con ello que se indemnice a las víctimas; de esta manera no solo se fomenta la creación de sistemas de solidaridad social sino que también se juridifica el mal<sup>7</sup>.

Desde finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX, el incremento del riesgo de accidentes fue lo que aceleró el proceso de desarrollo de las empresas aseguradoras, lo que las obligó a adoptar la forma institucional con la que nos encontramos familiarizados en la actualidad; por lo demás, también fue esto lo que forzó a las distintas comunidades a implantar las técnicas asegurativas en los sistemas de la seguridad social; paradójicamente el proceso de socialización en la seguridad del trabajador ha venido influenciando el derecho privado, el cual, en algunos sistemas, como veremos, no ha sido reacio a introducir la teoría por virtud de la cual resulta necesario y viable colectivizar las responsabilidades.

Por eso mismo, el problema de la seguridad ya no constituye, de manera exclusiva, una categoría relevante para el régimen del derecho privado de la responsabilidad civil: también tiene relación con los esquemas a través de los cuales se promueve la solidaridad social. Fueron pues precisamente los procesos industriales los que modificaron la estructura de tales relaciones obligacionales y permitieron el tránsito de un derecho civil a un derecho social.

En el siglo XIX la justicia se transforma en justicia social; tal cambio persigue restablecer el equilibrio, disminuir las desigualdades y promover la distribución equitativa de los costos sociales del desarrollo. El riesgo, entendido como un mal necesario para garantizar el orden social, se ve así neutralizado, escindido de las conductas individuales y, ciertamente, fueron las técnicas asegurativas, convertidas ellas mismas en un fenómeno social, las que facilitaron la racionalización de una nueva forma de organización jurídica de la justicia<sup>8</sup>.

cuestionada por autores distintos, entre otros ULRICK BECK quien en su libro *La Sociedad del riesgo, Hacia una nueva Modernidad* (Paidós, 1998) destaca cómo desde finales del siglo XVIII, durante todo el siglo XIX y el XX, en aras de la defensa del progreso se ha omitido el debate de los riesgos generados por éste. Prueba de ello es que si bien la técnica ha facilitado la producción masiva de bienes, la redistribución adecuada de la riqueza ha sido una falacia; algunos sectores de la sociedad siguen siendo extremadamente pobres y otros sustancialmente ricos; el progreso no ha significado la reducción de las distancias sociales, si bien hoy no es dado seguir hablando de clases sociales.

<sup>7</sup> PHILIPPE LE TOURNEAU. "Evolución de la responsabilidad civil desde el Código de Napoleón", ponencia en el Seminario Internacional de Responsabilidad Civil, Evolución y Tendencias, Universidad Externado de Colombia, ponencia en el

Asociación Henri Capitant e Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Bogotá, 24 de marzo de 1999.

<sup>8</sup> Las técnicas aseguradoras a las que me refiero son las que permiten llevar cabo análisis actuariales, aquellas con fundamento en las cuales a partir de un número importante de observaciones registradas es posible formular predicciones acertadas. De acuerdo con estas técnicas, en la medida en que se incrementa el número homogéneo de unidades expuestas a un mismo evento aumenta también la probabilidad de establecer en forma precisa la frecuencia del suceso. Por supuesto, ellas se complementan con mecanismos de tipo compensatorio, que son sistemas a través de los cuales es posible también afrontar los riesgos en cuanto a sus consecuencias, motivo por el cual a través de los mismos se persigue acumular recursos de manera gradual, constituyendo reservas o fondos de ahorro.

El concepto de riesgo, en su génesis propio del negocio de seguros, se convirtió en un concepto de alcance social. Así el riesgo, la contingencia, son hoy la manera como nos vinculamos con el otro, pero también el instrumento a través del cual se valoran las actividades sociales y las conductas individuales.

Las técnicas del seguro se trasladan al ámbito jurídico de la responsabilidad social. El seguro social, privado o público, es la institución a través de la cual se concreta, en la mayor parte de los Estados modernos, la justicia social, la compensación, la mutualidad. De esta forma, la sociedad empieza a reflexionar sobre sus problemas utilizando las técnicas y categorizaciones propias del seguro<sup>9</sup>.

Los seres humanos se han organizado socialmente no solo para generar sinergia aunando esfuerzos sino para morigerar el mal social. Si el riesgo es social, implica la socialización de las existencias individuales. El individuo no puede enfrentar con éxito un mal cuya existencia depende de los otros. Para abordarlo, la sociedad debe tomarse en serio la regulación de las relaciones de intercambio, la de las obligaciones civiles.

El punto de partida, entonces, es que la controversia sobre el riesgo —que será el objeto de mi investigación— no puede abordarse desde una faceta unilateral, o si se quiere desde una perspectiva puramente privada: debe ser asumida a partir de una concepción política, a la cual se integra el derecho público<sup>10</sup>. Por ello, con fundamento en los planteamientos habermasianos, resultará imperativo acudir al mecanismo de la acción comunicativa, al de la visión procedimental del derecho<sup>11</sup>, todo lo cual nos permitirá integrar al debate las observaciones culturales de los diferentes estamentos sociales y la “reconstrucción” del alcance real de los distintos peligros; por lo demás ello nos obliga a reconocer que la asunción del riesgo se encuentra estrechamente vinculada a nuestra jerarquía de valores, a nuestra concepción sobre la justicia.

Al hacer referencia a los problemas que surgen de nuestro empeño por mantener una visión personalista del mundo, en el campo teórico evoco, desde luego, la evolución del pensamiento liberal hasta su transformación en un Estado social de derecho y el tránsito aún no suficientemente percibido a un Estado de la seguridad, pero, desde una perspectiva práctica, incluyo la forma misma a partir de la cual se desarrolla el conocimiento y se aborda la solución a los problemas; en materia jurídica, por ejemplo, nos hemos acostumbrado a legislar de manera aislada; obnubilados, tal vez, por el detalle que proporciona la especialidad, encerramos en reducidos estancos las leyes para la protección de

<sup>9</sup> En Colombia la creación del Seguro Social data de la década del 50, pero es solo con el advenimiento de la Ley 100 de 1993 que las técnicas asegurativas se trasladan a este segmento de la sociedad.

<sup>10</sup> Por supuesto, importa reconocer que hay conductas desplegadas por los individuos cuya regulación, el derecho, radica en el ejercicio libre y autónomo de la voluntad individual; es el caso del consumo de drogas, alcohol o tabaco. Estos comportamientos sirven para evidenciar la tensión que existe entre el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el deber del Estado de velar por la salud de la comunidad,

es decir entre el interés particular y el interés común, sobre cuyo alcance la Corte Constitucional colombiana se pronunció mediante Sentencia 221 de mayo de 1994, ampliamente comentada por MANUEL ATIENZA en *Derecho y argumentación*, pp. 71 ss., publicado en la Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Sin embargo esta modalidad de lo que en el derecho penal se denominaría acciones a propio riesgo no es el objeto del presente trabajo.

<sup>11</sup> JÜRGEN HABERMAS. *Droit et Démocratie entre faits et normes*, Gallimard, 1997, cap. IX “Paradigmes du droit”, pp. 415 a 475.

los derechos del consumidor, las del trabajador, las del transportador y las del empresario, entre otras.

El profesor español Carlos de Miguel Perales, por ejemplo, advierte que la legislación civil se ocupa de la propiedad y de la salud de las personas, que opera cuando se afecta el derecho de un particular, y precisa que, si bien el régimen de la responsabilidad civil no fue instituido, en sus orígenes, como instrumento jurídico apto para la tutela del medio ambiente, la legislación se ha visto obligada a afinar los mecanismos sustanciales y procedimentales para la efectividad de su protección<sup>12</sup>.

## II. SOBRE LAS BARRERAS QUE NOS IMPIDEN ABORDAR EL PROBLEMA DEL RIESGO: EL SESGO CULTURAL EN LA COMPRENSIÓN DE LOS EFECTOS SECUNDARIOS LATENTES, LAS FALACIAS DEL DESARROLLO Y LOS PELIGROS DERIVADOS DEL ESTADO DE LA CIENCIA

EL TÉRMINO RIESGO SIGUE GUARDANDO una estrecha relación con el concepto de osadía, valentía y aventura; no se asimila todavía a la autodevastación de los seres vivos, ni al cataclismo del planeta mismo, aunque ese es el grado de intensidad que han alcanzado los “aparentemente” insignificantes olvidos y los peligros nucleares.

Las herramientas para la difusión y penetración en el tejido social de estas reflexiones filosóficas se encuentran a la zaga de los avances tecnológicos, no han alcanzado el elemento integrador que se requiere para ponerle freno a la estructura económica actual, ni para reconocer la importancia que reclama la necesidad de redefinir el mundo, la responsabilidad de participar en la construcción de una sociedad mejor<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> CARLOS DE MIGUEL PERALES. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Madrid, Aida y Mapfre Edit. Española de Seguros, 1997, p. 65.

<sup>13</sup> NIKLAS LUHMANN. *Sociología del riesgo*, Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, pp. 117 a 126, describe cómo durante el proceso del conocimiento el observador parte de una información codificada dentro de un sistema binario de clasificación del conocimiento: falso, verdadero; blanco, negro; etc. Es decir que el investigador inicia su proceso de investigación a partir de la diferencia, de la antiparidad, y al hacerlo, no obstante que reconoce la existencia de lo distinto, del otro, asume una posición. Pero para evaluar el resultado de su decisión será menester el transcurso del tiempo, pero además desde el enfoque que le sirve como punto de partida es imposible ver lo que, precisamente por asumir esa perspectiva y no la otra, no se

puede visualizar. Por supuesto que todavía podría acoger la otra diferencia, pero le ocurrirá lo mismo. Ello debido a que los resultados se codifican de acuerdo con un valor que siempre se califica, en este caso, por ejemplo, de positivo o de negativo, y de esa manera las experiencias vividas se generalizan, se universalizan. Sin embargo cuando nos enfrentamos al futuro surge un nuevo valor lógico, el valor lógico de la incertidumbre, la contingencia, la *singularia*, un tercer valor que produce la ruptura de esa estructura binaria y el cual aún no ha sido codificado. Lo anterior significa que para las evaluaciones del riesgo no existen confines temporales ni geográficos trazados de antemano. El futuro posee una textura abierta no codificada y por ello el riesgo es inconmensurable. Es lo que en lenguaje coloquial se designa, por lo demás de manera impropia, como casualidad. En realidad, los análisis que fundamentan el progreso, la ciencia, la adopción de nuevas técnicas suponen el abandono de la seguridad y la

Los elementos que inciden en la admisión del riesgo constituyen, como lo destaca Joan Bestard, «un sesgo cultural a través del cual percibimos los peligros»<sup>14</sup>. Una tal visualización está generando en la sociedad efectos lesivos, latentes e irreversibles.

La percepción del peligro es un asunto radicado en la esfera de lo privado pero que, sin lugar a dudas, lo trasciende; sin embargo, para la selección de los riesgos acreedores de una atención pública, como ya se dijo, no se dispone de un fundamento teórico adecuado. Esta circunstancia se produce debido a que la investigación sobre la comprensión del riesgo se encuentra sitiada por la frontera que justamente se pretende superar: el culto a la objetividad<sup>15</sup>; una tal devoción nos impide admitir la existencia de determinadas zonas de penumbra por cuanto, precisamente, son éstas las que se atreven a confrontarla<sup>16</sup>.

Ciertamente, con el advenimiento de la era industrial las estructuras sociales tradicionales y el modo de producción agrario son objeto de un proceso de transformación. La sociedad justifica el aprovechamiento y el dominio de la naturaleza; pero los instrumentos científicos y tecnológicos a través de los cuales se inicia la búsqueda de esa finalidad hoy se someten a críticas severas.

En verdad, la convicción generalizada de que el progreso fomentaría el incremento de los niveles de riqueza y de las posibilidades de trabajo, disminuiría la hambruna, controlaría las enfermedades, soslayó el análisis de las consecuencias nocivas derivadas de la generación de riesgos.

La afirmación anterior puede ser ilustrada, mediante las cifras de crecimiento entre 1988 y 1994 de la ciudad de Yopal, Casanare, donde como consecuencia del inicio de la explotación de los yacimientos petrolíferos, si en 1988, había 5 hoteles y en 1990 de 60 a 70 prostitutas, en 1994 había 54 hoteles y entre 500 y 600 prostitutas, los requerimientos de tierra eran superiores a la oferta de la misma, los barrios en condiciones precarias y sin licencias de construcción proliferaban, no había servicios públicos<sup>17</sup>.

No obstante el Estado social de derecho sigue estimando viable la reducción de la pobreza y la disminución de la injusticia social mediante el incremento de las fuerzas productivas propiciado por el desarrollo tecnológico. Pero a su turno, este proceso de modernización se convierte en el núcleo de peligros y amenazas cuyos efectos son irreversibles, desconocidos o inconmensurables.

La fórmula estadística del término medio, que sirve para soportar el incremento en los índices de satisfacción alimentaria entre los habitantes del mundo es una falacia, pues tal conclusión se deriva de la premisa según la cual dos personas tenían dos bananos, pero ignora que una de ellas se los comió ambos.

generación de riesgos imprevisibles (aunque los hay también previsibles) connaturales al proceso evolutivo de la humanidad, y ello implica, por qué no decirlo, reconocer, *a priori*, la causación de daños incontrolables e irreversibles.

<sup>14</sup> DOUGLAS. *La aceptabilidad del riesgo según las Ciencias Sociales*, cit., p. 15.

<sup>15</sup> El desarrollo de las fuerzas productivas, el de las distintas tecnologías científicas y médicas, se fundamenta en los beneficios

económicos, en la utilidad y el lucro; se maximizan los rendimientos, pero los riesgos y peligros permanecen en la sombra, cuando más se perciben en candilejas: por ello su manifestación real sorprende.

<sup>16</sup> DOUGLAS. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, cit., pp. 21 a 23.

<sup>17</sup> ALFONSO AVELLANEDA C. *Petróleo, Colonización y Medio Ambiente, De la Tora a Cusiana*, ECOE Ediciones, 1998, p. 129.

Los argumentos de la sociedad industrial carecen hoy, en la sociedad del riesgo, de legitimidad; en efecto no hemos alcanzado una civilización justa, porque las diferencias sociales siguen siendo abismales, porque grupos humanos enteros fallecen agobiados por el hambre y por las enfermedades, porque aun en las naciones más evolucionadas, en los Estados del Bienestar, la gente enfrenta, entre otros, los peligros de la obesidad provocada por la industria de alimentos, las transmutaciones genéticas originadas en la radiación nuclear; ciertamente, las razones que nos indujeron a aceptar el costo de los efectos secundarios se encuentran hoy huérfanas de vigor<sup>18</sup>.

Por otra parte el riesgo del desempleo o las expectativas de mayores ingresos alteran nuestras decisiones sobre la asunción del riesgo; en efecto, presionados por tales disyuntivas renunciamos a controlar los límites de las inmisiones o emisiones tóxicas, damos rienda suelta a nuestra tendencia a aumentar los niveles máximos de tolerancia.

Pero el problema adicional es que los posibles efectos del riesgo que se encuentran latentes suelen calificarse de secundarios; y aunque hoy se trata ya de asuntos sometidos al escarnio público, todavía no se interviene de manera eficaz o por lo menos de forma consciente en el proceso permanente de creación de nuevos riesgos y peligros.

Si la dinámica de la sociedad industrial giró en torno al objetivo de la redistribución de la riqueza producida de forma desigual, a la civilización del riesgo le compete la responsabilidad de enfrentar los efectos secundarios provocados por los peligros que se desencadenan en la era tecnológica. Lamentablemente, si la generación social de bienestar conduce a la proliferación de riesgos sociales, la problemática política de cómo superar la escasez o eliminar la miseria se solapa con el dilema de cómo asumir los riesgos provocados por la ciencia<sup>19</sup>.

Como consecuencia de ello, las secuelas de la modernización resquebrajan las formulaciones políticas a través de las cuales se estandariza la justicia, porque concretan desafíos cuyos efectos son irremediables. La decisión sobre la trascendencia o no de los efectos latentes debe ser sometida a inagotables debates, y el calificativo de secundarios revaluado.

Permítaseme ilustrar, de manera breve, las afirmaciones anteriores, las relacionadas con el alcance real de los efectos latentes y reducidos a la condición de secundarios, con algunos datos extractados por el mercado de reaseguros del ejercicio de actividades industriales que la experiencia acumulada en el sector asegurador me ha permitido conocer.

El amianto es un conjunto de silicatos y minerales que aparece en la naturaleza bajo la forma de fibras largas, flexibles, brillantes y de tacto sedoso; se caracteriza por su resistencia al calor y al fuego. Una de sus variedades más importantes, el amianto serpentina o asbesto, es especialmente apto para la confección de tejidos incombustibles, tejas, forros para frenos<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> BECK. *La sociedad del riesgo...*, cit., p. 26.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>20</sup> Como bien lo señalaba Bernardo Botero Morales, comentarista del derecho de seguros, en la conferencia que sobre las recientes modificaciones al seguro de responsabilidad dictó durante el foro organizado por el Centro de Estudios de

Derecho de Seguros de la Universidad Externado de Colombia, en 1997, es impresionante la gran cantidad de artículos que se fabrican con esta fibra, la que por lo demás no solo sirve para estos usos industriales sino para quebrar Compañías de Seguros.

El contacto con el asbesto y en especial la inhalación del polvo o viruta que se esparce en el aire durante su procesamiento produce varias modalidades de cáncer, entre las que se destaca el denominado carcinoma bronquial. La asbestosis es, además, una enfermedad que después de un período prolongado de latencia puede desembocar en una afección severa del sistema respiratorio y causar la muerte.

Según se ha podido establecer las enfermedades generadas por el asbesto tardan en manifestarse entre quince y cuarenta años; se estima que durante los próximos treinta años entre 74.000 y 265.000 personas morirán por esta causa.

En Alemania, en la década de los 60, nacieron cientos de niños con deformaciones en sus miembros u órganos internos, otros murieron. La investigación realizada arrojó que la causa de estas alteraciones genéticas era uno de los elementos utilizados para la fabricación de la talidomida, una sustancia con propiedades tranquilizantes empleada para la manufactura de medio centenar de productos farmacéuticos que luego se distribuían en más de 70 países del mundo.

Entre 1952 y 1982 la Shell Oil Company depositó residuos tóxicos en los terrenos de una planta de productos químicos de su propiedad, situados en Denver, Colorado, los cuales lenta e imperceptiblemente se filtraron al suelo contaminando las aguas subterráneas, la flora y la fauna.

En 1947 se desarrolló un medicamento antiabortivo, el cual fue comercializado por cerca de doscientos laboratorios farmacéuticos; los primeros síntomas preocupantes sobre las consecuencias de su uso se percibieron sólo en 1970: las investigaciones realizadas permitieron establecer que las hijas, de las madres tratadas con el citado producto desarrollaban un tipo de cáncer en el útero cuando alcanzaban la edad de la pubertad. Transcurrieron entre 12 y 15 años desde la fecha de uso del medicamento hasta la constatación del daño y hubo más de cien mil jóvenes afectadas.

En el año de 1930 se desarrolló el uso industrial de los clorofluorcarbonatos; estos agregados químicos se consideraron, en sus orígenes, perfectos, y además indispensables para el uso industrial en refrigeradores, aerosoles, durante el proceso de expansión de la espuma, como disolventes en pinturas y aun adecuados para la limpieza de superficies. Alrededor de este elemento se estructuró una industria económica poderosa, en la que se invirtieron enormes capitales, los cuales generaron aproximadamente diez millones de puestos de trabajo en un lapso de cincuenta años, esto es, desde 1930 hasta 1980.

Pero en el año de 1970 se iniciaron las labores de medición del clorofluorcarbonato esparcido en la tierra y el análisis de sus posibles efectos nocivos; después de muchos experimentos para descomponer sus elementos se estableció que al ascender a la atmósfera y entrar en contacto con los rayos ultravioletas el cloro se libera y al hacerlo destruye la capa de ozono.

El Grupo de Toronto, integrado por Estados Unidos, Noruega, Suecia y Canadá, presionado por la opinión pública doméstica se vio obligado a financiar la investigación científica tendiente al descubrimiento de nuevos procesos sustitutos, cuyo resultado finalmente se constituyó en una ventaja competitiva de mercado. Por cierto, ello nos permite afirmar que los riesgos se convierten en un gran negocio, pero tal aprovechamiento económico desencadena a su vez nuevas situaciones de peligro y desata consecuencias a las que no escapan las instancias de decisión que los generan, ni quienes se lucran de ellos.

Fue así cómo en materia de aerosoles pronto se encontraron alternativas, las que contrariamente a los pronósticos iniciales resultaron ser sustancialmente más económicas. En la fabricación de refrigeradores, el sucedáneo patentado por la potencia norteamericana no constituye la solución óptima aunque, al descomponerse el cloro en vez de destruir tres moléculas de oxígeno afecta a una sola; todo lo cual, por supuesto, no impide el deterioro de la capa de ozono, pero ciertamente lo hace más lento, lo retarda<sup>21</sup>. En efecto, las consecuencias a largo plazo de los desarrollos económicos son oscurecidas por la economía misma del dinero, la extrema miopía del cálculo económico orientado al mercado nos impide abarcarlas.

No obstante, los receptores de los rendimientos económicos o de prestaciones no reconocen la existencia de un riesgo dependiente de su decisión, sino que se consideran en situación de peligro, porque el hecho de tener que sujetarse a las organizaciones institucionales que intervienen modificando las condiciones para la obtención de los permisos o autorizaciones, es decir la intervención permanente del derecho y la política, no les permite reconocerse a sí mismos como instancias generadoras de riesgo. Todo ello nos permite reconocer que aunque hay múltiples instancias de decisión, para efectos pedagógicos sería conveniente reducirlas o identificarlas en mercados y jerarquías, las que se constituyen en mecanismos a través de los cuales se interceptan y diferencian los conjuntos de decisión.

El problema de los daños en el ozono radica, adicionalmente, en que de acuerdo con las teorías darwinistas sobre la evolución de las especies la vida por fuera del mar sólo fue posible cuando se desarrolló esta capa en la estratosfera, cuyas propiedades le permiten filtrar los efectos nocivos de las radiaciones ultravioleta.

Así podríamos agotar el tiempo y el espacio describiendo casos, patéticos, cuantiosos, extremadamente complejos desde el punto de vista de las ciencias exactas pero también para la ciencia del derecho.

Todo lo anterior nos plantea el siguiente dilema: ¿será conveniente continuar fomentando el progreso de la humanidad sin mermar los alcances de la libertad, resultará necesario que países como Colombia renuncien al desarrollo y le den primacía a valores no susceptibles de cuantificación o de reducción a términos puramente matemáticos y actuariales?<sup>22</sup>

En el cálculo de probabilidades que fundamenta la toma de decisiones empresariales la relación costo-beneficio no suele considerar lo sustancial: la magnitud social, ética o política del desastre. Por ello, las decisiones que involucran riesgo no pueden seguir siendo determinadas, de manera exclusiva, por los engañosamente ascéticos cálculos de probabilidades ni por las, aparentemente objetivas, relaciones matemáticas entre el costo y el beneficio<sup>23</sup>. Ciertamente empezamos a visualizar cómo y por qué los daños que se producen a consecuencia

<sup>21</sup> Los datos relativos al ozono que aquí se describen fueron expuestos durante el seminario que sobre "Políticas medioambientales" organizó la Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 13 y 14 de marzo de 1999, por el profesor de Ciencia Política de la Universidad de Columbia Downie, David Leonard.

<sup>22</sup> PATRICK LAGADEC. *La Civilización del Riesgo (Catástrofes tecnológicas y responsabilidad social)*, Mapfre, 1983, Prólogo de Antonio Figueruelo Almazan, p. IX.

<sup>23</sup> Abordar el riesgo desde una concepción política supone, desde luego, tomar conciencia de los problemas económicos, culturales, legislativos, científicos que la civilización actual plantea.

de una decisión de riesgo son vistos como consecuencias que no se justifican, o como costos en relación con sus posibles ventajas.

De otra parte, ¿hasta qué punto es cierto que las herramientas científicas son lo suficientemente idóneas como para eliminar o al menos minimizar las consecuencias nocivas de los avances científicos?

El riesgo se concreta en la figura de un resultado no querido de la acción proyectada, que asombra aun a las instancias que intervienen durante el procedimiento de manipulación de las causas, instancias que en veces estiman que esta anomia es más o menos solucionable.

La técnica no es otra cosa que una herramienta que nos permite reproducir causas en determinadas condiciones, pero al hacerlo también se reproduce «el riesgo de perturbaciones imprevistas como un fenómeno concomitante a la producción de esas condiciones». Además, en ocasiones sólo es posible aprender con la puesta en marcha de la técnica. El surgimiento de la técnica, entonces, hace surgir la esfera de lo controlable y de lo no controlable. El sólo hecho de que la técnica no funcione «desencadena efectos no previstos de dimensiones que, a veces, resultan catastróficas»<sup>24</sup>.

Esto implica reconocer que la ciencia también tiene lugar en medios contingentes en los que a veces operan ciertas condiciones y a veces no. Pero no nos debemos confundir porque el problema no radica en el carácter irreversible del daño, este se encuentra en el hecho que los procedimientos técnicos son dirigibles e interrumpibles<sup>25</sup>.

En la sociedad del riesgo el acaecimiento de la causa y la concreción del efecto se encuentran separados por un espacio temporal inmenso. La multiplicidad de factores incidentales constituye también una barrera que impide disminuir la distancia entre el momento de la aparición del daño y el tiempo necesario para reaccionar con relativo éxito.

La causalidad es una herramienta que nos permite mirar el universo como una sucesión adicionada de causas y efectos. A medida que ampliamos el espectro de tiempo incrementamos el número de elementos que hay que tener en cuenta; las ejecutorias de la técnica constituyen trozos o fragmentos de causas y efectos. Y en estos confines es que podemos diferenciar las causas y efectos no deseados de las causas y efectos deseados, es decir, identificamos «fines y limitaciones de causas de los que no se puede disponer»<sup>26</sup>.

Estas consecuencias secundarias no deseadas ni deseables generan un alto grado de inseguridad y una falta de visión global de las afectaciones. Los argumentos de medios para alcanzar fines, a través de los cuales se justifica o se legitima la ciencia y el progreso; deben ser revaluados porque todo ello orienta la ciencia a la producción de más ciencia, de más técnica e incrementa los riesgos.

Es con base en éstos razonamientos que se debe afrontar la discusión sobre los límites del progreso se trata de un problema que atañe a los seres humanos de manera general, porque, como ya se advirtió, de ellos depende el destino de la existencia misma.

Los estudios sobre producto envuelven grandes grados de error y omiten considerar por ejemplo, los agregados o a la totalidad de los integrantes en la

<sup>24</sup> LUHMANN. *Sociología del riesgo, cit.*, p. 140.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 166.

cadena alimentaria, por lo que jamás arrojarán el verdadero resultado sobre los niveles de concentración de sustancias tóxicas en las personas.

Los planteamientos a ese respecto permiten la adopción de posturas extremas: o bien se asume que todos los seres del grupo social en cuestión se encuentran afectados en la misma proporción, o bien se guarda silencio sobre las personas en la medida en que los estudios se limitan a expresar las cantidades de las sustancias en fuga y sus posibles consecuencias para la fauna o la flora, en el lugar del desastre, pero sin relacionar abiertamente el tema con los seres humanos.

La transcripción de los análisis elaborados por el Inderena durante el período comprendido entre 1989 y 1992, que informan sobre la problemática existente en la región del Magdalena Medio por el ejercicio de la actividad petrolera, nos sirve para constatar la afirmación anterior.

«En cuanto a las ciénagas de San Silvestre y El Llanito, ubicadas en las inmediaciones del Centro Industrial de Barrancabermeja y del Distrito de Producción El Centro se detectó que el fenol se encuentra en concentraciones que fluctúan entre 0.7 y 6 microgramos por litro y para la ciénaga de San Silvestre entre 0.2 y 2.7 microgramos por litro. Los valores más altos, que se presentan en época de verano, meses durante los cuales es más crítico el suministro de agua y además es la época de pesca más intensa, sobrepasan los límites permisibles para consumo humano y contacto primario (2 microgramos por litro)».

«Dado que el fenol y el petróleo crudo como tal son algunos de los más importantes productos contaminantes y que están directamente relacionados con la industria del petróleo, se analizaron sus implicaciones biológicas y ecológicas sobre los ecosistemas:

«El petróleo crudo, uno de los más grandes contaminantes de nuestra biosfera, al ser incorporado a los ecosistemas acuáticos es generalmente mortal. El petróleo en concentraciones bajas, aproximadamente 0.1 microgramo por gramo, retarda la división celular y el crecimiento del plancton. En concentraciones superiores a 1.0 microgramos por gramo produce la muerte de gran cantidad de organismos y especies fitoplanctónicas, así como larvas y huevecillos de peces».

«El petróleo parece tener efectos de tipo mecánico en los peces, ya que al depositarse sobre las branquias impide el intercambio de gases y los peces mueren por asfixia»<sup>27</sup>.

Algunos de los problemas originados por la explotación de los hidrocarburos, en Colombia no han sido consecuencia de eventos puramente accidentales o de riesgos exclusivamente derivados de la tecnología. Los análisis de los efectos, en los que se describen química o físicamente los resultados de las voladuras de oleoductos por parte de la guerrilla colombiana —en las cuales, desde luego, media la intervención de la voluntad humana y los intereses políticos—, y el examen de los resultados provenientes de otras circunstancias meramente fortuitas —es decir, del ejercicio ordinario de una actividad caracterizada por ser altamente azarosa, de las reacciones moleculares, por la explosión de un oleoducto— serían en principio lo mismo, pero por supuesto lo que me interesa destacar es que en ambos eventos tales efectos tienen un vasto contenido social que no se puede seguir ocultando.

<sup>27</sup> AVELLANEDA. *Petróleo, Colonización y Medio Ambiente...*, cit.

Estas fallas no sólo quedan expresadas en los reportes de los efectos prácticos, ni se reducen al campo puramente teórico de la ciencia; se concretan en el ámbito jurídico, especialmente durante el proceso de toma de decisiones en el que se definen normativamente las cantidades mínimas de tolerabilidad de los tóxicos.

La definición de lo que debe entenderse como admisible o tolerable debe abordarse con desconfianza; ni los olvidos de los expertos, ni sus omisiones son siempre involuntarias o meros errores de cálculo: en ellos se asientan los mecanismos de defensa de las instituciones actuales. La cuestión estriba en poder sopesar los efectos secundarios latentes de tal manera que no frenen el proceso de desarrollo ni superen las fronteras de lo tolerable. ¿Pero acaso nos hemos preocupado por evaluar hasta la saciedad, en toda su dimensión, la justa medida de lo tolerable?

Ciertamente, los indicadores de los niveles máximos de tolerancia carecen de soportes confiables, y estos límites pueden ser superados fácilmente. En efecto, el ser humano no solo ingiere medicinas; inhala aire contaminado, consume verduras impregnadas de residuos nocivos, bebe líquidos con dosis de toxicidad, y seguramente de esta manera se producen agregados o cúmulos que no se contemplan en ningún acápite de los análisis elaborados por los especialistas. Así mismo, de todos es conocido que la ingestión simultánea de alimentos y de medicinas puede eliminar sus efectos o desencadenar nuevos y graves peligros.

### III. GLOBALIZACIÓN DEL RIESGO

A ESTAS ALTURAS DE LA EXPOSICIÓN creo haber delineado algunos de los fundamentos del título escogido para la presentación de éste tema. A continuación procederé a desarrollar las razones que sustentan la afirmación sobre la universalización de los peligros, el surgimiento del fenómeno relacionado con la globalización de los riesgos y a explicar cómo, al transgredir las fronteras geográficas tradicionales, los riesgos se transforman en supranacionales, y es entonces cuando, el fenómeno de la globalización también se propaga a los peligros.

Ciertamente, los riesgos de la era tecnológica y científica no sólo involucran al sujeto o a determinados grupos de individuos; sus consecuencias atañen a la sociedad de manera general; en la llamada civilización del riesgo los efectos nocivos de la lluvia ácida, los de la contaminación ambiental, el peligro de los químicos y el de los experimentos genéticos, traspasan los confines de las diferencias religiosas, culturales o políticas, modifican las estructuras familiares, las relaciones de parentesco y las fronteras de las naciones. Los progresos científicos de la física molecular y de la química biológica tienen efectos en la política, en la economía, en el derecho.

En términos generales globalización significa la erosión del postulado por el cual se afirma que existimos, que transcurrimos en espacios culturales cerrados o delimitados por los confines nacionales y ajenos a las diferentes disciplinas. La supresión de estos linderos se percibe en la ecología, la economía, las comunicaciones. Es el cruce por la frontera, generalmente sin pasaporte, de formas de vida no deseadas por nosotros, ajenas a nuestras costumbres y a nuestra voluntad.

El espectro de la sociedad global se bifurca en una variedad de relieves, caminos y extensiones. A través de las redes de comunicación, el mercado no solo penetra en el tejido social o se amalgama sino que al cruzar las líneas divisorias produce la ruptura conceptual del Estado Nacional<sup>28</sup>.

El hueco de la capa de ozono desconoce el límite de las fronteras políticas; se inició en las inmediaciones de la Antártida, aunque no era precisamente allí donde se procesaba industrialmente el elemento causante de su deterioro, y poco a poco se ha venido difundiendo por el globo, pero no coincide con la división geográfica de los distintos países y afecta aun a aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.

La alteración y aun la desaparición del ecosistema se produce de manera global a causa del proceso tecnológico. Antes los riesgos, se originaban en el sub aprovisionamiento y ahora surgen de la supra manufactura industrial; solían percibirse a través de los órganos de los sentidos y hoy se sustraen a ellos porque se reducen al ámbito de la receta química o física y porque se desconocen con certeza sus consecuencias, pero sus efectos ya no se circunscriben a su lugar de origen y se expanden, como una peste, por el planeta.

A primera vista, nos inclinamos a creer que los riesgos se distribuyen bajo los mismos esquemas que importan los repartos desiguales de la riqueza; y, en efecto, confirmamos cómo la cultura y las condiciones económicas promueven soluciones particulares para evitar los riesgos o para compensarlos. Pero esto es válido solo para determinadas situaciones de riesgo, pues no existen protecciones eficaces aplicables al consumo de agua o a la inhalación del aire.

La universalidad del riesgo se evidencia, ya no interesa el factor espacial en el que se asienta la manufactura de un producto; el engranaje del consumo o el del ecosistema enlaza a todos los habitantes del planeta y nos conduce a la deriva. La amenaza para la existencia se disemina, de manera progresiva se traslada al universo.

«La preocupación por la contaminación atmosférica ha pasado de ser un problema local (principalmente relacionado con fuentes de carácter urbano e industrial, a ser un problema de dimensiones regionales (asociado con la dispersión a larga distancia de las precipitaciones ácidas y los oxidantes fotoquímicos) que contribuye eventualmente a los problemas mundiales de los cambios climáticos a largo plazo.

«El Instituto de Recursos Mundiales en su informe sobre Recursos Mundiales 1990-1991 señala que el índice de efecto invernadero ofrece una medición más balanceada de la contribución que cada país hace al calentamiento mundial, potencial que proporciona el CO<sub>2</sub> solo. La tabla siguiente presenta esa clasificación, en donde aparece Colombia en el puesto N° 12. Se ha considerado a los países de la Comunidad Económica Europea como uno solo y lo mismo a la antigua Unión Soviética.

<sup>28</sup> JÜRGEN HABERMAS. *Más allá del Estado Nacional*, Edit. Trotta, 1997. El mismo autor esboza la idea de una nueva organización mundial de carácter universal en el cap. IX

“Paradigmes du droit”, de *Droit et Démocratie entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 p. 473.

«Clasificaciones Nacionales	%
1. Estados Unidos	17.6
2. Europa	15.0
3. Antigua URSS	12.0
4. Brasil	10.5
5. China	06.6
6. India	03.9
7. Japón	03.9
8. Indonesia	02.4
9. Canadá	02.0
10. México	01.4
11. Myanmar	01.3
12. Colombia	01.2
	78.8» <sup>29</sup> .

Ni siquiera los grandes potentados de las industrias transnacionales escapan a los alcances catastróficos generados por el riesgo; como en el eterno retorno de Federico Nietzsche, el efecto vuelve a sus causantes, como hijo pródigo regresa a su origen.

Las estrategias desplegadas por las empresas a través de las cuales se segmenta el lugar de la inversión del ámbito de producción, del área de declaración fiscal y del sitio de su residencia, no surten efectos frente a las secuelas del riesgo; al reimportar la manufactura ya apta para su consumo se produce la dualidad consistente en que el victimario ostenta de manera simultánea la posición de la víctima<sup>30</sup>.

El alcance supranacional del traslado de los elementos dañinos obliga a aunar esfuerzos, a suscribir acuerdos de cooperación, pero antes de su suscripción es menester abrir los ojos, tener en cuenta que la globalización o la universalidad de los peligros no significa, precisamente, ausencia de inequidad o de desigualdad social. Las investigaciones realizadas hasta el momento han evidenciado la existencia de grupos sociales y de países de alto riesgo. En efecto, ya no se puede negar que la producción de elementos altamente tóxicos se ha venido trasladando, de manera paulatina, a las naciones tercermundistas, circunstancia a la cual no es ajena Colombia ya que su proceso de apertura económica pronto ajustará una década.

Ha llegado el momento de replantear los fundamentos políticos de la justicia social para evitar que resulte ser cierto aquello que Ulrich Beck sólo formula a título de inquietud, de la siguiente manera: «¿Será que lo que fue la lucha de clases en el siglo XIX para el movimiento obrero es la cuestión de la globalización, en el umbral del siglo XX, para las empresas que operan a nivel transnacional? (Con la diferencia, por cierto esencial, de que el movimiento obrero actuaba como un contrapoder, mientras que las empresas globales están actuando hasta la fecha sin tener ningún contrapoder –transnacional– enfrente)»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> AVELLANEDA. *Petróleo Colonización y Medio Ambiente*, cit., pp. 168 y 172.

<sup>30</sup> ULRICH BECK. *Qué es la globalización, falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, 1998, p. 18; sobre el efecto

*boogmerang* véase *La sociedad del riesgo*, cit., pp. 43 y 44 .

<sup>31</sup> BECK. *Qué es la globalización...*, cit., p. 16.

#### IV. LOS PELIGROS DE LA SUBPOLÍTICA DE LA CIENCIA Y DE LA SUBPOLÍTICA DE LA ECONOMÍA

LOS RIESGOS AJENOS A LA APRECIACIÓN HUMANA, tales como los ingredientes lesivos que se utilizan para la preservación de los alimentos, los gases tóxicos o la radioactividad, no solo acarrearán deterioros irremediables o permanecen ocultos, sino que su detección o su conocimiento se estructura en la sociedad a partir de formulaciones causales, motivo por el cual su conceptualización es susceptible de manipulación, bien para exagerar o bien para disminuir sus reales consecuencias, y es justamente al ser aprehendidos por la sociedad de esta manera como devienen en posturas subpolíticas.

En efecto, bajo esta perspectiva la gravedad del problema radica en que la economía, la ciencia y la tecnología suplantán a la política, y ocurre que en ellas se diluye el proceso democrático al que debe sujetarse la toma de decisiones frente a los riesgos.

A diferencia de la miseria o del hambre que pueden ser detectadas, sentidas, si se quiere, de manera directa, no sólo por quienes la padecen, la distribución del peligro está mediada argumentativamente<sup>32</sup>. Para su constatación objetiva se requiere del juicio del experto; el discurso que justifica el reparto del riesgo es económico, científico, técnico, y como ya se dijo pocas veces se ventila abiertamente en el foro de la política<sup>33</sup>.

El debate sobre los elementos tóxicos que se disuelven en el aire, el agua y los alimentos se realiza en el marco teórico de las formulaciones propias de las ciencias naturales, sin tener en cuenta las estructuras de poder, los sistemas de reparto de las riquezas ni los fundamentos racionales del orden colectivo; es de esta forma como se ocultan los contenidos sociales de los riesgos.

Es de esta manera, trágica si se quiere, que se proyectan los riesgos en la civilización actual; así, entendidos como una materia del ámbito de la economía, la medicina, la biología o la química, pero ahora desprovistos de su alcance social.

Pero las empresas transnacionales, de cobertura mundial, minan, socavan las estructuras de las economías domésticas de los países en vías de desarrollo, de sus organizaciones políticas estatales, y a través de este procedimiento todas las naciones, aun las desarrolladas, pierden poder político.

Los empresarios multinacionales se han tomado el poder, sin revueltas; de ellos depende la exportación de cargos laborales, la supresión de los mismos, la utilización de los convenios flexibilizadores para el desarrollo de las operaciones en los distintos segmentos industriales y de servicios y la imposición de condiciones, de requisitos de operación, de esquemas jurídicos alternos, en todos los ámbitos, en "apariciencia" convenientes y universales. Todo esto está ocurriendo sin que intervengan mayores solicitudes expresas, debates en el poder legislativo, expedición de decretos ejecutivos, promulgación de leyes ni controversias políticas.

Se advierte que los factores enunciados son simultáneamente elementos conciliadores y fundamento de graves polarizaciones; como consecuencia de ello no se descarta que los efectos políticos resulten gravemente equívocos.

<sup>32</sup> BECK. *La sociedad del riesgo*, cit., p. 33.

<sup>33</sup> HABERMAS. (*Droit et Démocratie*, cit., pp. 343 y 351) no desconoce los obstáculos que le impiden al ciudadano tener acceso al conocimiento de los expertos para poder

conformar adecuadamente sus opiniones; tampoco desconoce las asimetrías que se producen en relación con los informes que sirven para ello.

En efecto, esta “subpolítica”, como Beck la denomina, opera en la práctica como un ensamble de conveniencias que determinan la acción de las empresas con cobertura en el ámbito mundial, y así las industrias del riesgo intervienen por encima del poder ejecutivo, del legislativo, de la opinión pública y también de la jurisdicción común.

Es tiempo de salir de nuestro aturdimiento, de replantear políticamente las cuestiones jurídicas, de reconstruir en forma discursiva la concepción del mundo, de reformular el sistema de atribución de responsabilidades y de pensar en nuevas alternativas para la reparación y prevención de los daños, y ello desde luego supone reevaluar también el alcance de nuestro concepto sobre el “progreso”, el “bienestar”, el “crecimiento económico” y la “racionalidad científica”<sup>34</sup>. No nos queda otra opción.

Sin embargo, recordando al maestro Fernando Hinestrosa, importa señalar que es una lástima que el proceso de globalización haya invadido nuestro país cuando todavía no sabemos quiénes somos, cuando no hemos terminado de asimilar el sincretismo de nuestra propia identidad, cuando aún no hemos definido a dónde queremos llegar. ¿Qué queremos? Superar el subdesarrollo, alcanzar el desarrollo. Pero, ¿cómo vamos a lograrlo? ¿Cuáles los fundamentos de nuestra política, económica o legislativa? ¿Cuál el alcance de nuestra responsabilidad social? ¿Qué precio nos encontramos dispuestos a pagar? Porque ciertamente todo ello involucra un reencuentro cultural, la reconstrucción, paso a paso, de todo un proyecto nacional de vida.

## V. HACIA EL DESARROLLO DE UNA JUSTICIA SOCIAL INSTRUMENTADA POR EL DERECHO

LAS REFLEXIONES QUE ME HE ATREVIDO a formular no sólo buscan despertar el interés por develar los mecanismos culturales y sociales que nos impiden la reconstrucción del concepto de riesgo; apuntan también a develar la crisis que afecta a nuestra democracia, problemática esta que se genera cuando se fortalece el escepticismo surgido de su imponderabilidad, de la imposibilidad de medir las consecuencias perversas del trabajo científico; es decir, de lo que Ulrich Beck reseña como «el proceso subpolítico de renovación del progreso» afirmación a partir de la cual yo me aventuro a denunciar que en el marco de la globalización la economía, la ciencia y la tecnología son los testafierros de la política, las concausas cáusticas de la democracia actual y el fundamento de la injusticia social.

En efecto sólo después de este reconocimiento previo será viable proponer la recuperación del instrumento político, de la herramienta procedural garante de la democracia. Del principio D, el del discurso, el de la democracia participativa, que tan eruditamente describe Jürgen Habermas<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> BECK. *La sociedad del riesgo*, cit., p. 46.

<sup>35</sup> HABERMAS. *Droit et Démocratie*, cit., pp. 126 y 128; Habermas desarrolla el concepto de principio del discurso que implica el fundamento de las condiciones para una negociación equitativa que concluya en decisiones susceptibles de ser aceptadas por

todas las partes y que constituye el punto de vista en el cual se fundamentan de manera imparcial las normas de acción. Para Habermas las cuestiones prácticas son susceptibles de un enjuiciamiento imparcial y de una decisión racional, justamente por medio del principio democrático en el cual

Las informaciones científicas elaboradas por los expertos merecen un análisis profundo; una lectura distinta, entre líneas; ni la tecnología ni la ciencia son germen de la certeza, ellas constituyen más bien el semillero del riesgo; el debate sobre las fronteras para el ejercicio de actividades humanas y empresariales involucra, entonces, principios éticos, problemas de justicia social y por ende también deviene urgente la revisión de las categorías jurídicas a través de las cuales se legitima la ciencia; se requiere volver a formular las alternativas de que da cuenta el régimen de atribución de las responsabilidades, tal como aparece concebido en la mayor parte de las legislaciones del mundo pero, en lo que a atañe a mi investigación doctoral, de manera especial en la normativa colombiana, para hacerla acorde con nuestra realidad económica y social.

Afortunadamente, en algunos sistemas de derecho el mecanismo jurídico que conecta al responsable con el damnificado ha venido siendo, por ello, objeto de una evolución, la cual no ha trascendido de manera integral al plano de la teorización jurídica, pero que dados sus efectos prácticos, no puedo pasar por alto; esta se refleja en diversos pronunciamientos de tipo jurisprudencial, especialmente en Estados Unidos, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos.

Un tribunal de California desarrolló la teoría de la participación de mercado. En efecto, habiendo sido imposible establecer, dentro de un proceso judicial, cuál de los treinta laboratorios farmacéuticos implicados en el suministro de un producto había sido el causante de un daño se optó por estimar que el demandado debía indemnizar los perjuicios causados a la víctima en esa proporción<sup>36</sup>.

En el proceso instaurado contra tales laboratorios farmacéuticos, en los cuales se partió de una presunción de negligencia, al demandante solo se le exigió probar tres cosas:

- Que efectivamente, la víctima había sufrido un daño por razón de la conducta de alguno de los demandados.
- Que le resultaba imposible, al afectado, identificar al causante individual del daño.
- Que todos los laboratorios demandados habían intervenido, porque todos estaban distribuyendo o utilizando el fármaco.

Con esas tres pruebas se condenó, y la sentencia abarcó a todas las industrias vinculadas al pleito. Los casos enunciados corroboran que los elementos tradicionales de la responsabilidad civil, tales como la prueba de la culpa y la existencia misma del nexo causal, se empiezan a ignorar o dejan de tener el mismo alcance o la misma trascendencia.

Lentamente, pero de manera segura, se avanza hacia el concepto según el cual basta la existencia de un daño; incluso se empieza a admitir la mera posibilidad de que éste se produzca como elementos suficiente para imponer a uno de los posibles implicados la obligación de indemnizar de manera integral la pérdida.

se señala cómo puede institucionalizarse la formación racional de la opinión y de la voluntad política que garantice la igual participación en la producción de normas jurídicas.

<sup>36</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO. “La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Madrid, AIDA, 16 a 19 de septiembre de 1997, T. II, pp. 470 ss.

En materia de seguros, por ejemplo, se ha introducido el concepto del Triple, Continuo Trigger, elemento generador o desencadenador. En una demanda formulada por V. Keene contra INA, la Compañía más grande del mundo americano, un tribunal del distrito de Columbia sustentó su decisión determinando que cuando hay coparticipación de agentes dañosos las víctimas pueden reclamar con fundamento en las pólizas expedidas a favor de los distintos actores del daño; en estos eventos la jurisdicción ha reconocido que la única alternativa es que el demandado reciba de cualquier asegurador, cuya cobertura entre en juego, la totalidad de la indemnización, sin limitación distinta a la de los propios términos y condiciones de la póliza<sup>37</sup>.

Dicho de otra forma, todas las pólizas bajo las cuales se hayan cubierto las actividades industriales que ocasionen daños por asbesto podrán ser invocadas por las víctimas y los aseguradores podrán ser obligados a indemnizar los perjuicios. A las consecuencias que se derivan de esta práctica judicial, huérfana aún de fundamentos teórico jurídicos completos —que no sociales—, no escapa el seguro vigente durante el instante de la primera inmisión o inhalación, como tampoco se sustrae la póliza que amparaba el momento de la primera manifestación. De esta manera se encadenan todas las pólizas que tuvieron vigencia durante algún momento del período de latencia de la enfermedad.

Cabe agregar que hacia la década de los 80, el número de pleitos por asbestosis superaba los treinta mil y en promedio se formulaban cerca de cincuenta reclamos por día.

Por lo que se refiere al vertimiento de residuos tóxicos de la Shell Oil Company, cuyos efectos latentes también se manifestaron en forma diferida, durante el proceso de inmisión confluyeron acciones derivadas del ejercicio de diversas actividades industriales, todas ellas sometidas a un régimen muy estricto de responsabilidad civil objetiva y solidaria. En el curso de la investigación las autoridades concluyeron que era imposible determinar la fecha del siniestro y por ende las compañías aseguradoras debieron contribuir de manera proporcional para la indemnización de los daños. El hecho de que se hubiera demandado a más de doscientas compañías de seguros que habían otorgado cobertura, en algún momento, durante el lapso de 30 años de continuo derrame de sustancias contaminantes, ha develado un nuevo fenómeno económico de acumulación de sumas aseguradas y jurídico de responsabilidades sociales<sup>38</sup>.

Estos eventos reflejan el estado de desarrollo de una nueva teoría, no formulada aún de manera explícita, por virtud de la cual al final termina resarcido el perjuicio quien disponga de recursos para hacerlo.

Precisamente, las características culturales bajo las cuales se soslaya el análisis del efecto secundario han empezado a tener novedosas consecuencias jurídicas. Como se trabaja mediante la proyección de causas, el aplazamiento de su ocurrencia o al menos el de su manifestación, su dilación en el tiempo, la imponderabilidad del hecho, permite que, en un principio, se le dé la espalda al problema, se le otorgue el beneficio de la duda, y con fundamento en ello se

<sup>37</sup> EDUARDO PAVELEK ZAMORA. “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil y su aseguramiento*, AIDA y MAPFRE, Edit. Española de Seguros, 1997, p. 207.

<sup>38</sup> BOTERO MORALES. Conferencia, *cit.* Las referencias, según lo manifestado por Botero Morales fueron tomadas de informaciones publicadas por la Compañía Suiza de Reaseguros.

expide la licencia, se concede el visto bueno, se avala la autorización, la patente de corso; total, de tales intangibles solo volveremos a ocuparnos cuando ocurra el problema, si es que se detecta. Así el derecho norteamericano ha empezado a garantizar que en el momento de la detección del daño se indemnice a las víctimas.

Pero, como lo destaca Luhmann, “el principio de causación” en el régimen jurídico de la responsabilidad se aplica con un alcance “oportunistista”. Se responsabiliza a “aquél de quien se cree que puede obtenerse algo”, es decir al segmento de la economía que manufactura el producto y no a quienes con la demanda promueven la producción del mismo. Se responsabiliza bajo amenaza a quien se asume que ejerce un adecuado control sobre las distintas opciones. De esta manera se omite la racionalización del problema, y así, sin evaluar que correlativamente con el aumento de las responsabilidades se incrementa el riesgo del negocio, se presupone, de manera errónea, que los costos se pueden trasladar al precio, omitiendo reconocer los efectos que una tal solución pueden acarrear en un largo plazo<sup>39</sup>.

Las consecuencias de la técnica se han quedado a la zaga de las soluciones ofrecidas por la libertad económica; los efectos secundarios latentes han alcanzado tal magnitud que ya no es posible sufragarlos con los beneficios producidos por el ejercicio de la actividad empresarial que los provoca, la mayor parte de los excedentes tóxicos no pueden ser reciclados a precios razonables.

Resulta evidente que cuando se agrega la gota que rebasa la copa ya no es posible determinar la causa, y lo único claro es que en algún momento se tomaron decisiones que involucraron riesgos; por ello las condenas judiciales a través de las cuales se distribuyen los costos del daño devienen imprecisas y se dispersan de manera confusa.

La sociedad del riesgo empieza a preocuparse por sustituir los esquemas de la reciprocidad. Ciertamente, como la reciprocidad sólo encuentra un espacio apropiado para su desarrollo cuando se garantiza una compensación, al derecho le compete intervenir de manera directa institucionalizando mecanismos a partir de los cuales se promueva la solidaridad social. El reconocimiento de la imposibilidad de repartir en forma equitativa perjuicios y beneficios es el fundamento para la mediación del derecho.

Pero para ello se requiere que las decisiones que afectan el porvenir se identifiquen como un peligro y no como un riesgo. Sólo de esta manera comprenderemos por qué el daño ocasionado a sí mismo por el tabaco y las lesiones o muertes provocadas a otros por el asbesto merecen un tratamiento distinto<sup>40</sup>. En el primer evento puede generarse una tensión entre el derecho público y el derecho privado y sólo la existencia de un fumador pasivo permitirá la restricción jurídica de la libertad. En el otro caso resulta evidente que se requiere de una tutela. Cuando la decisión de un riesgo se transforma en peligro, el daño recae en un tercero ajeno a la decisión.

<sup>39</sup> LUHMANN. *La sociedad del riesgo, cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 148.

## VI. EPÍLOGO: SOBRE LA NECESIDAD DE UNA RECONSTRUCCIÓN MINUCIOSA DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

FINALMENTE ES NECESARIO SUSTRAR la polémica de una divergencia entre técnica y naturaleza. Porque ciertamente le asiste razón a Luhmann 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 la naturaleza, está constituido por una «inmensa complejidad de procesos causales que tienen lugar de manera simultánea»<sup>41</sup>.

La sobreestimación de la capacidad de control, la de la obtención de ayudas o de contratar seguros nos induce a asumir el riesgo. La fórmula a través de la cual se subvaloró el efecto nocivo y se sobrevaloró el beneficio nos ha impedido admitir que, como en la naturaleza, concomitantemente con la reproducción de las causas y efectos deseados se reproducen las causas y los efectos no deseados; la no 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.

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 son situaciones imprevisibles 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 llevó a soslayar; también son 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 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 no deseado 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 define 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 de Cucunubá y los concentrados alimenticios suministrados a los ejemplares vacunos, equinos,

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 132.

avícolas o los pesticidas fabricados en Brasil; 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.

Ello nos obligará a redimensionar 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 DDT en el cuerpo de los pingüinos de la Antártida!

Las formulaciones jurídicas tradicionales del daño, la causa y el nexo causal a partir de las cuales se produce la imputación sucumben en la modernización; 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 de una revisión minuciosa; como los riesgos son invisibles, la causalidad rechaza la mera percepción, pues ésta se fundamenta en presupuestos aleatorios, y el verdadero contenido o alcance de los cálculos probabilísticos se manipula de tal forma que sólo se encuentra al servicio de los intereses de grupo.

Debido a la ausencia de una visión sistémica del mundo las diferentes especialidades contribuyen a disfrazar las causas y a eludir responsabilidades; no sólo la complejidad que se deriva por 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 a cuyo control ellos escapan 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, estimula movimientos de protesta y de crítica social, que la totalidad de la población se convierte en la víctima del daño. La condición de víctima, victimario y beneficiario se traslapa.

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

Recordemos cómo la confianza, la *fides*, que 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 exigible al buen padre de familia hemos avanzado hacia el cuidado de un gran empresario, a un requerimiento ligado al conocimiento especializado. No pretendo afirmar 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.

Los casos ya no son susceptibles de reducción al esquema: 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 otra 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 que los expertos controlarán o dominarán las diversas circunstancias que se presentan; sin embargo, vimos también que no es posible confiar sin más 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 una responsabilidad requiere de una reconstrucción categórica.

Quisiera concluir reconociendo la importancia del pensamiento habermasiano en el entendimiento de estos asuntos, pues solo 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 experimentada 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 en la ecología no puede ser ajeno al debate en la política, ni a los pronunciamientos de la opinión pública.

## BIBLIOGRAFÍA

AVELLANEDA C., ALFONSO. *Petróleo, Colonización y Medio Ambiente, De la Tora a Cusiana*, Ecoe ediciones, 1998.

BECK, ULRICH. *La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad*, Paidós, 1998.

BECK, ULRICH. *Qué es la globalización, falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, 1998.

BOTERO MORALES, BERNARDO. Conferencia sobre "Las reformas introducidas por la Ley 389 de 1997 al Seguro de Responsabilidad Civil", Foro organizado por el Centro de Estudios de Derecho de Seguros de la Universidad Externado de Colombia.

DOUGLAS, MARY. *La aceptabilidad del riesgo según las Ciencias Sociales*, Barcelona/Buenos Aires/México, Paidós, Prólogo de Jean Bestard, 1996.

- DOWNIE, DAVID LEONARD. Conferencia dictada en el seminario “Políticas medioambientales” de la Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 13 y 14 de marzo de 1999.
- EWALD, FRANÇOIS. *L'Etat Providence*, París, Grasset, 1986.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Droit et Démocratie entre faits et normes*, Gallimard, 1997.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Más allá del Estado Nacional*, Edit. Trotta, 1997.
- LAGADEC, PATRICK. *La Civilización del Riesgo (Catástrofes Tecnológicas y Responsabilidad Social)*, Edit. MAPFRE, Prólogo de Antonio Figueruelo Almazan, 1983.
- LE TOURNEAU, PHILIPPE. “Evolución de la responsabilidad civil desde el Código de Napoleón”, ponencia en el “Seminario Internacional de Responsabilidad Civil, Evolución y Tendencias”, Universidad Externado de Colombia, Association Henri Capitant e Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Bogotá, 24 de marzo de 1999.
- LUHMANN, NIKLAS. *Sociología del riesgo*, Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, 1992.
- PAVELEK ZAMORA, EDUARDO. *La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general*.
- PERALES, CARLOS DE MIGUEL. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Madrid, AIDA-MAPFRE, Edit. Española de Seguros, 1997.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros*, Madrid, AIDA, T. II, 1997.

