

La Responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo¹

Lidia Maria Rosa Garrido Cordobera²

1. Posicionamiento frente al tema, 2 . El Modelo Comunitario Europeo, 3. La legislación Argentina, 4. La noción de riesgo de desarrollo, 5. El avance de la ciencia y la cuestión de la Responsabilidad, 6. El principio precautorio, 7. La vida y la historia como enseñanza, 8. Conclusiones

1. Posicionamiento frente al tema

El continuo avance de las técnicas acompaña un creciente número de “accidentes” y los riesgos hoy son más graves que los de ayer por su intensidad pero con zoster esto no avanzaríamos en la solución y solo nos quedaríamos en la descripción de un problema conocido en mayor o menor medida por todos³.

Aplicando la lógica de la economía toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio y esto puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no siempre se internalizan las externalidades, ya que resulta más económico obtener los beneficios de una actividad sin asumir sus costos y se pone en juego aquí la noción de costo social de gran importancia en la materia de daños.

Hoy se plantean temas sumamente interesantes y de máxima gravedad como lo es el del “riesgo de desarrollo” en materia de productos, que sitúa la discusión en definir quién asumiría las consecuencias nocivas de un producto que al momento del lanzamiento al mercado se consideraba inocuo, pero que posteriores investigaciones científicas demuestran su nocividad, el hecho de que existan legislaciones que expresamente contemplan el supuesto no le quita interés al tema,

¹ Trabajo en Homenaje al Prof Francois Chabas, quien no solo es un eminente jurista sino una gran persona y que me honrara en prologar uno de mis primeros trabajos con referencia al derecho francés hace 30 años, demostrando que un sabio puede ser también una persona generosa.

² Profesora e Investigadora de la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires

³ Son “nuestras circunstancias orteguianas” como nos gusta decir, son realidades cotidianas que se viven hoy en la Aldea Global que habitamos de las cuales hemos sostenido siempre el Derecho no se debe sustraer, a menos que aspire a ser solo un enunciado lógico desprovisto de contenido

sino indica una toma de posición en estos sistemas frente a la cuestión, creemos que corresponde observar si el Derecho determina su internalización y su asunción, ya que esto se vincula con el pago de indemnizaciones, los costos preventivos, administrativos y judiciales⁴.

Sostenemos con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es de gran complejidad ya que por su naturaleza es un daño colectivo y afecta a comunidades de individuos, pudiendo presentarse en regiones que escapan a las fronteras de un solo país atacando siempre el derecho garantizado a la “calidad de vida”⁵.

Como ejemplos históricos de este problema tenemos el caso de la fatiga de los metales, del amianto, y como hitos trágicos la talidomida, que en la década del 60 produjo malformaciones en los hijos de las mujeres que consumieron la droga, el DES que al promediar la década del 70 produjo tumores en las hijas de las mujeres que habían consumido este estrógeno para conservar el embarazo y en la actualidad ha vuelto a discutirse con motivo de los casos la contaminación transfusional del HIV⁶.

Afirmamos, como en tantos otros temas que hay que aproximarse a la cuestión del “riesgo de desarrollo” con una visión integradora y sistémica, pues tal vez ello nos ayude para orientarnos y no quedar atrapados solo por las estructuras normativas clásicas, y atender así a lo que suele sostenerse que es una de las exigencias éticas o deberes primordiales del cuerpo social que es el de garantizar la salud de sus miembros y dentro de ello garantizar la inocuidad de los productos destinados al consumo.

4 Este problema no es tan sencillo, se presentan con contornos difusos, sobre todo al ligar el “riesgo de desarrollo”, como hacemos nosotros con el derecho ambiental, ya que implica un compromiso con las generaciones venideras, y en este tema que nos ocupa vemos que una cuestión más que preocupante es el de las mutaciones genéticas como consecuencia dañosa de la ingesta de un producto.

5 Garrido Cordobera, Lidia M R Los daños colectivos y la reparación Ed Universidad Bs As 1993

6 Chabas Francois *Sida y derecho de la responsabilidad*, Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, pag 713 y ss, Ed Abeledo Perrot, Bs As 1997

Ante esta situación, la jurisprudencia francesa administrativa y judicial se ha pronunciado claramente manteniendo la responsabilidad de los centros transfusionales con un argumento que compartimos, estableciendo que quienes al asumir una obligación de seguridad determinada, no pueden invocar el riesgo de desarrollo por ser un vicio inherente al producto.

Como participes de la corriente que se enrola en el Derecho de Daños, recordemos que uno de sus propósitos es el de garantizar a los individuos una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo, y también el asegurar a la comunidad o a los grupos intermedios la protección y reparación de los intereses colectivos.

Además no hay que olvidar que la faz preventiva en materia de Derecho de Daños hoy se encuentra reforzada por los principios de prevención y el precautorio que necesariamente confluirán frente al riesgo de desarrollo, o sea que sostenemos que encontraremos tres niveles de análisis frente a un daño por riesgo de desarrollo, la aplicación o no de los criterios de responsabilidad del fabricante y la cadena, el principio de precaución y la prevención.

Siempre hemos afirmado la necesidad de una cosmovisión que centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga la economía y los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad⁷ y es este espíritu con el que volcamos nuestras ideas pues creemos que el derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del Bien Común debe luchar por la solución justa en materia de responsabilidad y con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo siendo esto plenamente aplicable al “riesgo de desarrollo” en la responsabilidad por productos.

2 . El Modelo Comunitario Europeo.

Recordemos que desde la década del 70 se fue elaborando un programa para la protección de los consumidores, plasmándose en la directiva 374 del 25 de julio de 1985 un texto fundamental con respecto a la responsabilidad por productos. Al referirse a esta directiva suele decirse que fue decidida sobre la base de la instauración del Mercado Común y con el objetivo de evitar las distorsiones de competencia entre los Estados miembros pero que también permitió asegurar la protección de los consumidores, siguiendo esa línea también debemos señalar la directiva del 29 de junio de 1992 referida a la seguridad general de los productos que instituye la obligación de prevenir los daños

⁷ Ello es a nuestro entender devolverle al ser humano la dignidad de ser el centro, el núcleo y no un mero número estadístico o un instrumento económico

La Directiva 85/374/CEE se aplica a los bienes muebles producidos industrialmente, estén o no incorporados a otro bien mueble o inmueble, quedando excluidos, salvo derogación de parte de los Estados miembros, las materias primas agrícolas y los productos de la caza que no hayan sufrido transformación, así como los productos puestos en circulación antes del 30 de julio de 1988, siendo modificado posteriormente⁸.

La Directiva establece el principio de la responsabilidad objetiva del productor en caso de daños causados por los defectos de sus productos, en ella se entiende por “productor” no solo al productor en sentido estricto sino a toda persona que participa en el proceso de producción, abarcando al importador, a aquél que ponga su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y a toda aquella persona que suministra un producto cuyo fabricante no puede ser identificado⁹.

En cuanto a la “carga de la prueba”, la víctima debe demostrar la existencia del daño, el defecto del producto, la relación de causalidad entre el daño y el defecto y no es necesario probar la negligencia o la culpa de los sujetos indicados como responsables.

Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, el carácter defectuoso del producto se aprecia en función

⁸ La Directiva 1999/34/CE introdujo posteriormente modificaciones al ámbito de aplicación de la Directiva

⁹ El fabricante del producto terminado es responsable y ello es justificado, ya que tiene la obligación de poner en circulación productos seguros en todos sus elementos, salvo su recurso eventual contra el fabricante de una parte integrante.

Entre los sujetos asimilados al fabricante en la Directiva encontramos en primer lugar al importador, cuando el producto proviene originalmente de un país exterior a la Comunidad (Art. 3, 2) su justificación es lógica ya que es más fácil ejercer una acción contra el importador que ejercerla contra el fabricante en un país fuera de la Comunidad, sobre todo cuando el demandante es un consumidor.

En segundo lugar tenemos la figura de la persona que pone su marca sobre el producto (Art. 3, 1), se justifica tal solución dado que esta persona se presenta como si fuera el productor, aunque no lo sea realmente su fundamento, creemos se halla en la buena fe confianza que se genera en el consumidor

Finalmente el suministrador del producto puede ser considerado como un productor, y esto no obstante el hecho de que sea solamente un distribuidor, la Directiva limita esta posibilidad a los casos en los cuales el productor u otra persona que le podría ser asimilada no puedan ser identificados (Art. 3^o, 3).

de la presentación del producto, del uso razonable del mismo, y la fecha de puesta en circulación¹⁰.

La cuestión medular a nuestro entender se da en el tema de la exoneración de la responsabilidad del productor, se dice que éste no será responsable si demuestra: que no ha puesto el producto en circulación, que el defecto que ha causado el daño ha aparecido después de que él haya puesto el producto en circulación, que el producto no ha sido fabricado para una venta de la que él obtendrá un beneficio, que el producto no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional, que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos, que en el momento en que el producto se puso en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto (sobre último supuesto, los Estados miembros pueden autorizar excepciones) que en el caso del fabricante de una parte integrante del producto final, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado, o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto¹¹.

Con respecto a los plazos para accionar para obtener una reparación, la responsabilidad del productor se extingue transcurrido un plazo de diez años a partir de la fecha de la puesta en circulación del producto (Art. 11) los autores dicen que se trata de un período de garantía, en el sentido de que el productor tiene que garantizar que el producto no tiene defectos y no causará ningún daño durante los diez años que siguen a su puesta en circulación, creemos, como ya lo hemos dicho que frente a ciertos daños este plazo resulta exiguo¹².

10 Se aclara que la puesta en circulación de un producto más perfeccionado no puede tenerse en cuenta para la determinación del carácter defectuoso del producto de que se trate.

11 También se establece que el productor no es responsable cuando el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, no obstante, en caso de culpa de la víctima, puede reducirse la responsabilidad del productor.

Son daños cubiertos por la Directiva los daños causados por muerte o lesiones corporales y causados a una cosa de uso o de consumo privados distinta del producto defectuoso, con deducción de una franquicia (500 ecus).

La Directiva autoriza a los Estados miembros a limitar la responsabilidad global del productor por la muerte o las lesiones corporales causadas por una serie de artículos que presentan los mismos defectos, no pudiendo ser inferior a 70 millones de ecus.

12 Garrido Cordobera, Lidia M R, "*Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos, la salud y el derecho de daños*", en Salud, Derecho y Equidad, homenaje a Gladys Mackinson, Ed. AH- HOC, diciembre 2001.

La Directiva prevé otro plazo de tres años para que la víctima solicite la reparación de los daños (Art. 10) que empiece a transcurrir el día en que es causado el daño, sin embargo, puede ser que el perjudicado no pueda en ese momento saber que el daño es imputable a un defecto del producto, o también es posible que este perjudicado no sepa quién es el productor responsable, es por ello que, el plazo empezará a transcurrir a contar desde el día en que le fue posible al perjudicado conocer el defecto o la identidad del productor.

El régimen de responsabilidad instituido por la Directiva es imperativo, y resulta de ello que no es posible descartar este régimen por otro que sea menos severo para el productor, y no es posible pactar cláusulas limitativas de responsabilidad, esto está claramente expresado en el art. 12 de la directiva.

Tras la crisis de las "vacas locas", la Directiva 1999/34/ CE amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE a las materias primas agrícolas (tales como la carne, los cereales, las frutas y las legumbres) y los productos de la caza para evitar cualquier posibilidad de excepción.

Esto contribuye a aumentar el grado de protección de los consumidores y a devolverles la confianza en la seguridad de los productos agrícolas al alentar a los productores y a los importadores a respetar estrictamente las normas y las medidas de protección aplicables y a adoptar una actitud responsable con respecto a las materias primas agrícolas.

Para Lambert- Ferivre la directiva europea del 25 de julio de 1985 consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y por la producción en masa y es una responsabilidad uniforme respecto de todo consumidor, abandonando toda distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual y es específica, tanto por sus condiciones como por sus efectos¹³.

Siguiendo los comentarios de Larroumet, diremos que el régimen de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos tiene que ser considerado desde tres puntos de vista: primero en cuanto al hecho generador de la

13 Lambert- Fiebre, Ivonne - *La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, en el Derecho de la Unión Europea*, en Responsabilidad por daños en el tercer Milenio, Ed. Abeledo-Perrot, 1997.

responsabilidad, luego en cuanto a los responsables, y por fin, en cuanto a los medios de sustraerse a esta responsabilidad ¹⁴.

Pese al carácter imperativo de la responsabilidad, esto no implica que el productor nunca podrá sustraerse a ésta y puntualiza que para lograr esto, el productor dispone de tres medios: primero, la directiva excluyó la responsabilidad en ciertas situaciones, segundo existen causales de exoneración y tercero la responsabilidad del productor se extingue después de ciertos plazos.

Con respecto a la exclusión de responsabilidad encontraremos varios supuestos; por comenzar el productor no será responsable si prueba que no puso el producto en circulación (Art. 7, a), de la misma manera que podrá sustraerse a su responsabilidad si demuestra que el defecto apareció posteriormente a la puesta en circulación del producto (Art. 7, b), o también si prueba que el producto no fue fabricado para ser vendido o distribuido en el marco de la actividad profesional del fabricante o del distribuidor (Art. 7, c), tampoco será responsable en la hipótesis de un riesgo de desarrollo, aunque los Estados Miembros tengan la posibilidad de admitir en esos casos la responsabilidad del productor (art. 7, e) y finalmente, el productor no será responsable cuando el defecto se deba a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los Poderes Públicos (Art. 7, d). En todas estas situaciones la víctima habrá probado un defecto, pero la directiva excluye la responsabilidad considerando que este defecto no le es imputable al productor.

El riesgo de desarrollo está en el corazón de la noción de defecto, el art. 7 de la Directiva enuncia que el productor no es responsable si prueba "que en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto", dicha solución tenía que ser enunciada expresamente para descartar la responsabilidad del productor, ya que esta hipótesis se refiere a una carencia de seguridad legítima del producto.

Esto nos liga al tema de los tipos de defectos: los defectos de concepción supone un defecto que puede ser repetido varias veces en un mismo producto , mientras que el defecto de fabricación concierne a un defecto que puede afectar solamente a un ejemplar del producto

14 Larroumet, Christian *"La Protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el Derecho de la Unión Europea"*, en *Responsabilidad por daños en el tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, 1997

Recordemos que la verdadera causal de exoneración al estar frente a un factor objetivo de atribución a de referirse a la ruptura de la relación causal, es decir que supone que el responsable designado jurídicamente demuestre que el defecto del producto no fue la causa del daño padecido por la víctima.

En Derecho europeo como también en el argentino existen tres causales de exoneración: la fuerza mayor, la culpa de un tercero y la culpa de la víctima, la Directiva se refiere expresamente sólo a una en el art. 8: la culpa de la víctima, sin embargo, se deben admitir las tres causales del derecho común interpretando armónicamente el articulado, pues por el Art. 4, el perjudicado debe probar la relación causal entre el defecto y el daño¹⁵.

Cuando la intervención de un tercero no es la única causa del daño y es imputable también al defecto del producto, se debe considerar al productor como responsable de la totalidad del daño frente a la víctima, ésta es la solución que da, por ejemplo, el Derecho francés que consagra la obligación "*in solidum*" de los co-responsables de un daño, dejándose a salvo el recurso contra los demás de quien pagó por los otros y parecería ser lo que surge del Art. 8,1 y en cuanto a que la intervención o culpa de la víctima, podrá permitir que sea reducida la indemnización conforme al Art. 8, 2.

Para completar el panorama no podemos dejar de mencionar la Directiva del 29 de junio de 1992 que concierne a la Seguridad General de los productos de consumo, es decir, los que se destinan a los consumidores, o que pueden ser utilizados por ellos, bajo la condición de que les estén suministrados en el marco de una actividad comercial, sea onerosa o gratuita.

La directiva define el producto seguro como "todo producto que, en las condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, comprendida su duración, no presenta ningún riesgo o sólo riesgos reducidos a un nivel de protección elevado para la salud y la seguridad de las personas" (art. 2 b)¹⁶.

15 No obstante el silencio de la Directiva sobre dos causales de exoneración, estas se deben admitir ya que si el responsable prueba que el daño tuvo otra causa que el defecto del producto, no podrá ser considerado responsable, de hecho, puede perfectamente destruir la relación causal probando la fuerza mayor o la intervención de un tercero por quien no deba responder.

16 Lambert- Fiebre, Ivonne - ob cit. Para Lambert- Faivre está estrechamente inspirada en la ley francesa del 21 de julio de 1983.

La persona que está sometida a la obligación de prevención es la persona que pone un producto en el mercado, que ejerce una actividad que pueda influir sobre la seguridad del consumidor, se trate del fabricante o de la persona que juega este papel, por ejemplo el importador o el que pone su marca, el que reacondiciona o interviene en el circuito de distribución del producto.

La obligación de prevención consiste en poner en el mercado únicamente productos seguros, es decir, careciendo de riesgos, o, a lo máximo, presentando un riesgo aceptable para la seguridad de las personas en condiciones normales de utilización, y también consiste en informar a los consumidores de los posibles riesgos del producto, y de vigilar estos productos de manera de que si es necesario poder sacarlos del mercado a fin de evitar daños.

Para asegurar la realidad de la sanción de estas obligaciones, los Estados Miembros tienen una obligación de control y de investigación, por ejemplo, sacar muestras, retirar los productos del mercado o prohibir su puesta y deben notificar estas medidas a la Comisión Europea, quien a su vez las notifica a los otros Estados, pudiendo imponer una interdicción temporaria de un producto.

3. La legislación Argentina

En el derecho argentino tenemos varios ámbitos de análisis, el del Código Civil propiamente dicho que nos vincula hasta con normas anteriores a la reforma del año 1968 como es el caso del art.1119 aplicado a la responsabilidad grupal y los posteriores a la 17711 como los arts. 1113, 2 párrafo en lo referido a riesgo y vicio de las cosas y art.1198 pues la interpretación doctrinal y jurisprudencial ubica la obligación de tacita de seguridad en dicho artículo, además encontramos la legislación específica de La ley 24240 de Defensa del Consumidor con todo su plexo normativo y la protección constitucional que con la reforma y el art 42 lleva la protección a su máxima expresión.

Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, pese a que esta ley sufrió el veto presidencial del art., 40 que justamente imponía la

responsabilidad de la cadena de comercialización, esto fue finalmente establecido por la Ley 24.499¹⁷.

La ley en su art. 1 expresa que su objeto, que no es otro que la defensa de los consumidores o usuarios, en el Derecho Argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso para su consumo final o de su grupo familiar o social.

Al ser una normativa que tiene como finalidad la tutela del consumidor, ninguna duda cabe de que toda interpretación de su texto se orienta en tal sentido ya que por del art. 3 "...en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor", la que le brinde mayor protección, obteniendo de este modo carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor.

Veremos que el deber de informar surge expresamente del art. 4¹⁸ adquiriendo vital importancia para la protección del consumidor no sólo en la etapa pre-contractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en productos ó servicios peligrosos (art.6), productos deficientes ó reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21).

La Obligación de Seguridad también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley 24.240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto ó servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida ó el servicio contratado.

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre Protección al Consumidor que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios

17 El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Para nosotros alude tanto al que ha fabricado un componente como al que ha suministrado la materia prima en concordancia con la directiva europea como al que solo ha puesto su marca en el producto.

18 Art 4 "Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos"

En el artículo siguiente se reafirma la protección estableciéndose que las cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

La publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, pues se ha establecido por la ley Argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y por ende conlleva responsabilidad.

Con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas mas importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts. 1119, 1198 y 1113 del Código Civil. El art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal de eximición, la prueba de que la causa del daño le es ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño no se produjo en ocasión del transporte. Creemos que esto sólo puede entenderse como que podrá probar tal extremo, probando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas que son admitidas para el art. 1113 2 párr (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o también caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria.

Ello ha venido a cerrar las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados por el riesgo o vicio de los productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización, aunque nosotros sostenemos que ésta es en realidad una responsabilidad “in solidum”¹⁹.

Podemos señalar que en nuestra legislación los sujetos que intervienen en la distribución del producto están en la misma situación que el fabricante o productor y no en un plano subsidiario en materia de responsabilidad frente a la víctima.

19 Los sujetos son responsables en virtud de distintas causas u origen y tienen plena acción para lograr el reintegro entre ellos, pero frente a la víctima opera *prima facie* la responsabilidad en virtud de la garantía y protección necesaria en materia de consumo.

Recordemos lo dicho por López Mesa, que la “responsabilidad civil es un sistema que focaliza prioritariamente la relación dañante-dañador y que se basa en atribuir una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, sea por obrar por culpa o dolo o por ejercer una actividad especialmente peligrosa, que lo hace responsable a título de incrementador de riesgo o creador de un riesgo extraordinario”²⁰.

Hemos sostenido a través de todos nuestros trabajos que uno de los fundamentos del Derecho de Daños es la reparación del daño y no la imposición de penas a quien comete ilícitos; que frente a la producción de un perjuicio debe responder aquella persona que pone las condiciones necesarias para que se origine el daño; se considera acertadamente que la cadena de comercialización conforma un grupo que sirve para acentuar la potencialidad dañosa de un producto,

Se ha sostenido en la doctrina italiana que la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad, se habla de riesgo de empresa y los daños que ocurren con mayor frecuencia son los ambientales o los ligados a la comercialización de producto, sobre todo este último puede ser calculado con facilidad y estadísticamente computable²¹.

Vemos que si bien no se menciona la Responsabilidad por Riesgo de Desarrollo expresamente en la Ley de Protección al Consumidor Argentina, tal responsabilidad prospera en virtud de toda su normativa, y dado que no se ha consagrado la excepción por avance de la ciencia, ella no puede válidamente invocarse, a menos que se le reconozca la equiparación con el caso fortuito o fuerza mayor; pero como estamos frente a un factor que sostenemos es el riesgo no se da la característica necesaria de riesgo extraño a la cosa²².

Por supuesto que en materia de responsabilidad de la cadena de comercialización los sujetos no fabricantes tienen plena acción para lograr el reintegro pero consideramos que frente a la víctima debe operar prima facie esa responsabilidad in solidum en virtud de la garantía y protección necesaria en materia de consumo.

4. La noción de riesgo de desarrollo

20 Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo ob cit, T I, pag 122, Ed La ley Bs. As 2004.

21 Para Guido Alpa el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad

22 Sí por otra parte dijéramos que el factor es el vicio, justamente el defecto es congénito y por ende no es externo.

El moderno Derecho de Daños con su visión centrada en la defensa de la víctima de los daños tecnológicos, ha captado dentro de la temática del desarrollo tecnológico y la protección al consumidor la cuestión del "riesgo de desarrollo", la ha planteado y se ha intentado resolver, pero dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no está zanjada .

Podemos sintetizar que la respuesta del derecho europeo al problema planteado se ubica en tres niveles: 1- el de la prevención (exigencia de la seguridad de los productos), 2- el de la responsabilidad civil de los fabricantes de productos que hayan causado daños corporales y, 3- el de las garantías de las víctimas por el seguro, nosotros creemos que también debería implantarse un fondo de garantía.

Pero ante la gravedad de los daños como los que se producen, creemos que previamente debemos despejar la confusión que puede existir entre los términos "desarrollo" y "riesgo de desarrollo".

Se debe considerar el concepto de "desarrollo" también desde el punto de vista ecológico; este nuevo sentido se acuña, según Lynton Cadwell, profesor de Indiana, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, y señala acertadamente la complejidad de un programa de desarrollo a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos aumentan en forma geométrica, a la vez que se suman otros factores tales como los legales, religiosos, sociales, demográficos, etc ²³.

Creemos que es una falacia el hablar de desarrollo vs. calidad de vida, pues el desarrollo debe beneficiar al hombre y no dañarlo, el progreso continuará, solo que tal vez exista más conciencia o debería existir respecto a las consecuencias que se pueden producir, es necesario el compromiso social y ético de las empresas, el Estado y los consumidores, y cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se hace referencia al avance

23 Cadwell, Lynton: *"Integración de la política ambiental y el desarrollo económico"*, pag. 23 y ss., "Rev. Ambiente y Recursos Naturales" vol. I, n° 3, Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

Cadwell señala que la humanidad se enfrenta al futuro con tres opciones: 1) la del continuado progreso tecnológico y fracaso en el logro del control proporcional del mismo; 2) la de la regresión tecnológica, al punto de que sus capacidades de control puedan manejar la capacidad tecnológica; 3) la del descubrimiento de formas de superar las barreras actuales hacia una toma de decisión racional y comportamiento controlado.

de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida²⁴ .

Vemos que puede conceptualizarse el “riesgo de desarrollo”, de un modo mas técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto ²⁵.

Es clásico el trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes son riesgo de desarrollo los daños causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización²⁶.

Prieto Molinero aclara en su Tesis que los “riesgos de desarrollo” son situaciones que se producen cuando ocurre un daño como consecuencia de un defecto que resultaba imposible de ser establecido debido a que el estado de la ciencia y de la técnica existente al momento de la puesta en circulación sencillamente no daba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto²⁷ .

Para Parra Lucan la terminología usada de “riesgo” alude a los riesgos de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica al momento de la puesta en circulación del producto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos²⁸.

Luis O Andorno considera que con la expresión "riesgo de desarrollo" se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del

24 Garrido Cordobera Lidia M. R. Ob cit, Cáp. VI, pag. 158 y ss, Ed. Universidad, 1992.

25 Garrido Cordobera Lidia M. R. “Responsabilidad por riesgo de desarrollo” en “Bioética, Sociedad y Derecho”, obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, Ed. Lerner, Buenos Aires, año 1995.

26 Salvador Coderch, Pablo – Sole Feliu, Joseph- *Brujos y aprendices- “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de productos”*, pag. 29, Ed. Marcial Pons 1999.

27 Prieto Molinero, Ramiro- “El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos”, Ed. Dickinson, 2005.

28 Prieto Molinero, Ramiro, Ob., cit., pag., 80.

insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, según se ha señalado en la doctrina europea, de esta manera, los llamados “riesgos de desarrollo” suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer su potencialidad dañosa y es posteriormente cuando, una vez causados los daños, los desarrollos científicos y técnicos permiten calificar ese producto como defectuoso²⁹ .

Otros autores argentinos como Meza, Boragina y Agoglia dicen que por “riesgo de desarrollo” debe entenderse aquél que no puede ser científicamente conocido por el elaborador al momento del lanzamiento del producto al mercado, llegando a ser descubierto después de su consumo³⁰ .

López Cabana y Goldenberg por su parte lo caracterizan como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad³¹ .

También podemos recordar a Miller para quien, este supuesto operaría frente a productos que son considerados inocuos de acuerdo a los conocimientos vigentes al tiempo en que los mismos entran al mercado , pero que se convierten en peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores³² .

Todas estas conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes, la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización debido al estado de la ciencia en ese momento, pero vemos que todas reconocen también que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, habrá que establecer entonces jurídicamente si corresponde la responsabilidad del fabricante o si corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor.

29 Andorno Luis O- “Responsabilidad civil por productos elaborados” Ed. Lexis Nexis 1997

30 Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, Doctrina JA 1997-III-636.

31 Goldemberg Isidoro y López Cabana Roberto M, “Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos”, JA 1990, I, 917.

32 Miller, Maurice A, “La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del Comon Law”, LL 143, pag., 558 y ss.

También puede observarse que en el Derecho argentino no se ata la responsabilidad estrictamente a la noción de defecto de fabricación y se habla de dañinidad y también de riesgo, lo que creemos nos da mas amplitud.

La doctrina alemana ha introducido el tema de las denominadas “lagunas del desarrollo” para referenciar a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, se sabe que el producto es potencialmente dañino pero se carece de medios para evitar el daño y dado el interés social se autoriza su comercialización; distinguiéndolo de los “defectos del desarrollo”, en los que se ignora el carácter defectuoso del producto y por ello se ignora su carácter dañino³³. En cuanto a las “lagunas del desarrollo”, a nuestro entender, estamos frente al incumplimiento del deber de informar los efectos secundarios al consumidor y a una responsabilidad en cabeza del Estado por autorizar la circulación del producto en virtud del ejercicio del Poder de Policía.

En el Derecho norteamericano se habla de defectos de distintos tipos: de diseño, de fabricación o de adecuada información y que el sistema de Restatement (Third) of Tords : Products Liability en la sección 2da el parámetro o canon de la responsabilidad objetiva limita su aplicación a los defectos de fabricación, y según Salvador Coderch y Sole Feliu “un canon por lo menos próximo a la responsabilidad por negligencia se prevee para los defectos de diseño y los relativos a las advertencias e instrucciones sobre las características y utilización del producto”³⁴.

Volviendo sobre nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nosotros nos centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, y compartimos con Prieto Molinero la postura de que el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo aunque discrepemos, ya que para él es “una situación determinada dentro de la cual puede producirse un defecto” y nosotros preferimos hablar de creación de riesgo, cabe aclarar que también lo hacemos con el citado autor en cuanto a eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia, aunque volvemos a confluir en sostener ambos la

33 Salvador Coderch, Pablo -Sole Feliu, Joseph, ob cit pag. 41 y ss, Ed. Marcial Pons 1999

34Salvador Coderch, Pablo -Sole Feliu, Joseph, ob cit pag. 81 y ss, Ed. Marcial Pons 1999

necesidad de la implementación de Fondos de Garantía o compensación para los daños de este tipo³⁵.

Es una realidad que no podemos asistir al espectáculo diario de ver que las reparaciones de los daños lleguen tarde para cumplir sus fines de garantía, o que queden daños sin ser reparados y es por eso que bregamos por la instalación de estos sistemas de fuente colectiva de reparación, hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los Fondos de Garantía.

Creemos que esta cuestión interesa al Derecho por los daños irreversibles y masivos que produce y que nos enfrenta a un problema ético de quien soporta el daño si la víctima o el fabricante que actuó limitado con el saber de su tiempo.

5. El avance de la ciencia y la cuestión de la Responsabilidad

Frente a los daños producidos por los “riesgos del desarrollo” cabe reflexionar una vez si estamos frente a un supuesto que genere responsabilidad o no y esto necesariamente nos vincula al tema de la excepción por el avance de la ciencia y de la técnica y a plantearnos la posible ruptura de la relación de causalidad por constituir un caso fortuito o fuerza mayor.

La concepción que no compartimos, siempre ha sostenido y sostiene que aceptar la reparación de éste tipo de daños implica frenar el avance científico, sin embargo la línea a que adherimos sostiene la reparación considerando que deben aceptarse por el empresario los riesgos de introducir un producto en el Mercado y por lo tanto deben indemnizarse las consecuencias dañosas que se han ocasionado, y nos basamos en factores objetivos de atribución pues consideramos al “riesgo de desarrollo” un riesgo de la empresa o de actividad, y que no revestiría el carácter de caso fortuito extraño a la cosa.

Creemos que las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se comparece ni con las nociones de desarrollo sustentable, calidad de vida y menos aún con los derechos del hombre, además recordemos que generalmente se está poniendo en juego a las futuras generaciones representadas por la descendencia (los autores que se dedican a Bioética hablan de la degradación genética).

³⁵ Prieto Molinero, Ramiro, ob., cit, pag. 113

En la tesis negativa se han expresado como argumentos medulares que al ser este un riesgo atípico no permite adoptar las medidas preventivas, que admitir la responsabilidad por este tipo de daños desalentaría la investigación científica y que se encarecerían los costos de producción que finalmente recaerían en los consumidores.

Como réplica se ha argumentado que en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad del producto que se lanza al mercado masivo de consumo, que en el moderno Derecho de Daños la óptica se debe centrar en la víctima no en el actuar del elaborador, que la responsabilidad funciona como un estímulo para el perfeccionamiento y el avance de la industria al alentar los estudios de investigación y calidad, que se estaría reafirmando la función preventiva del Derecho y que no significa un encarecimiento de los seguros sino la real dimensión de los “accidentes” (en la terminología de Tunc).

Dada la situación en el Derecho Comparado, Schaffer y Ott analizan el pase de un sistema de la no reparación por aplicarse la excepción del avance de la ciencia a uno donde no prosperare tal excepción, considerando que esto no influiría en la conducta de los empresarios³⁶.

Sin embargo, Fagnart (citado por Prieto Molinero), afirma que los países que suprimieron la excepción por estado de la ciencia estarían violando la lógica de la norma europea; pues “es totalmente contradictorio fundamentar la responsabilidad sobre el defecto del producto tal como está definido en el art. 6 de la Directiva y prever una responsabilidad por riesgos de desarrollo, responsabilidad que es incompatible con la definición de defecto del producto”, agrega que la sociedad no tiene derecho a esperar un nivel de seguridad en tanto éste no pueda ser ofrecido por el estado del conocimiento y llega a preguntarse si el “riesgo de desarrollo” no será, en realidad, una causa de responsabilidad distinta y diferente a la resultante de la puesta en circulación.

Cuando se habla del límite que la ciencia y la técnica ponen a la posibilidad de evitar los daños derivados de la actividad que lleva adelante el empresario debemos considerar varias cuestiones, la primera es qué se debe entender por avance de la ciencia y de la técnica para que pueda funcionar como causal de no reparación de los daños, con el termino “ciencia” se alude al conjunto de conocimientos teóricos y sistemáticos sobre una porción del conocimiento, principios, reglas y teorías que

36 Schafer y Ott- “Análisis Económico del Derecho”, Ed. Tecnos 1991.

permiten explicar la realidad y se alude con “técnica” al conocimiento aplicado o sea que pasamos del ámbito que puede ser teórico al práctico, que nos permite comprobaciones empíricas, y en cuanto a la noción de “tecnología” suele decirse que es el conjunto de conocimientos propios de la actividad industrial. La segunda cuestión es el acceso al conocimiento disponible, entendiendo por tal el disponible en el mundo científico, aunque sea una opinión minoritaria, ya que la historia a dado claros ejemplos de posiciones que se consideraban que eran extravagantes o alocadas y resultaron luego en leyes de la física³⁷.

Nosotros compartimos la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante y creemos que la “garantía de inocuidad” o mejor la “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, de un mercado libre e inclusive a la de economía planificada, correspondiéndose a la noción de Empresa y a la asunción por la misma de los riesgos insitos en la actividad que desempeña, recordemos que siempre hemos sostenido la existencia del riesgo de actividad con base en el criterio objetivo de la creación de riesgos y no en un factor subjetivo. Situándonos específicamente en los productos farmacéuticos y químicos decimos que existe un riesgo típico y que ningún productor puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que éstos se consoliden.

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico y que es injusto el hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente y por ende inasegurable al no poder saberse su dimensión, apoyándose sus sostenedores además en el prurito de que el vicio no estriba en la cosa en sí, sino en el nivel alcanzado por la ciencia y no en las tomas de medida de seguridad del empresario³⁸.

Para Mesa, Boragina y Agoglia en el actual sistema de responsabilidad del Código Civil Argentino, cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, de ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica respondería frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la

37 En una línea distinta a la nuestra puede consultarse Prietro Molinero ob., cit. pag 191 y ss.

38 Morello, Augusto, “Los daños por los productos elaborados en el Derecho Español”, J. A. 1987.

imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores jurídicos del mismo³⁹ .

Para Goldenberg y López Cabana para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa y no implicaría caso fortuito eximente, la *communis opinio* sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañinidad.

Creemos que para que actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa y coincidimos con Benjamín en que “atribuir al consumidor los riesgos del desarrollo, implicaría reintroducir en el ordenamiento, muchos de los elementos indeseables del sistema basado en la culpa, y el público estaría siendo, de hecho, guinea pigs en el proceso de experimentación de producto en el mercado”⁴⁰ .

Sin embargo Prieto Molinero por ejemplo centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va mas allá de la cualquier posibilidad de acción y que afecta por lo tanto la relación de causalidad” y contra los argumentos de que estamos frente a un hecho interno y no externo, sostiene que esta distinción se presenta como un artificio jurídico y que esto no va a quitar que el fabricante se enfrenta al límite invencible del saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su propio tiempo, y que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso⁴¹ .

39 Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, ob cit. El Riesgo de Desarrollo para estos autores es como una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada, pero, desde luego no podrá ser meritado como imprevisible el daño que sobrevenga como consecuencia de una aptitud nociva que revele que la investigación del producto fue insuficiente o inadecuada según las normas científicas y técnicas propias de la época de puesta en el comercio, o de que no se agotaron los pasos previos exigidos por la *communis opinio* científica contemporánea al lanzamiento al mercado.

40 Benjamín, Antonio, J.A., 1993-II-913.

41 Prieto Molinero, ob., cit. pag. 114.

También podemos recordar otro pasaje en el que manifiesta que no son pocos los doctrinarios que sostienen que excluir al riesgo de desarrollo de una responsabilidad objetiva importa la introducción de una valoración propia de la culpa, que poco menos que “pervierte” al sistema objetivo.

Recordemos que en campo de lo jurídico las clasificaciones no son inocentes sino que necesariamente conllevan a resultados concretos y que también estamos en el campo de las ficciones; creemos que si rechazamos una, con los mismos argumentos lógicos debemos rechazar todas; en cuanto al argumento de estar los dos sujetos “fabricante y consumidor” en igualdad de situación frente al desconocimiento, este es un dato real y habrá entonces que optar por una solución dada desde el Derecho, nosotros consideramos más justo que el creador del riesgo soporte económicamente el daño, aunque nuestra posición de máxima es la de creación de los Fondos de garantía o compensación y no creo que esto implique un desmantelamiento de la actividad productiva

Sostenemos que hay que tener presente la teoría de Rumelin en materia de relación de causalidad, para quien serían adecuadas las consecuencias no susceptibles de conocimiento en el momento de hecho, pero descubiertas después.

Sintetizando nuestra opinión podemos decir que el riesgo de su producción o acaecimiento está en la actividad que se realiza y dentro de ella es previsible y que en el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de causalidad adecuada (art. 906 C.C. Argentino), cabe incluirlo como ya lo hemos dicho en la obligación de seguridad del Art. 1198 del C.C. Argentino y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallamos en el art. 1113 2da parte del mismo cuerpo legal, también se debe tener presente la Ley de Protección al Consumidor donde no hay que perder de vista los arts 6,7, 37 y 40 de dicha normativa, y cuando se nos presente el supuesto de imposibilidad de determinar la real fuente o autor del daño por estar frente a la presencia de un grupo de fabricantes, (lo que ha ocurrido en la experiencia Americana) creemos que podrá operar la responsabilidad colectiva del Art. 1119 o bien se podrá aplicar la teoría del Markert share o participación en el Mercado⁴².

Como se observa los factores de atribución de responsabilidad por “riesgo de desarrollo” son objetivos y no subjetivos, no creemos que por ser diversos (garantía, riesgo) pueda hablarse de confusión sino de diversas hipótesis o casos.

42 Garrido Cordobera, L M R - Cordobera G de Garrido, Rosa *La responsabilidad por participación en el mercado (MARKET SHARE)* en “*La responsabilidad*”, Libro Homenaje a Isidoro Goldenberg, Ed Abeledo Perrot 1995 pag 359 y ss . Ponencia realizada por Aída Kemelmajer de Carlucci a la Jornadas Rioplatenses (Revista Jurídica de San Isidro, nº. 24, enero-junio de 1988, pág. 134),

Es por todo lo que venimos desarrollando que sostenemos que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado, que no existe una ruptura de la relación de causalidad y que el tiempo de manifestación del daño es lo que debe ser tenido en cuenta por lo que juega la consolidación de los daños y no puede operar la prescripción contada desde la adquisición o consumo del producto.

Aquí nos hemos enfrentado con un dilema, la seguridad jurídica que brinda el instituto de la prescripción y la necesidad de tener presentes las características propias de este tipo de daños y sus consecuencias irreversibles, no sólo para el consumidor sino muchas veces para su descendencia⁴³.

Por supuesto que lo consideramos un daño injusto y como tal no debe ser soportado por la víctima inocente cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían de la inocuidad o no peligrosidad de un producto, para este sujeto el daño es un daño individual pero creemos que también es un daño colectivo que afecta a la sociedad toda y ante la posible inexistencia o insolvencia de los fabricantes, es que hemos propuesto como alternativa la operatividad de los Fondos de Garantía o compensación para que se satisfaga de algún modo la reparación⁴⁴.

6 - El Principio de Precaución y el Riesgo de Desarrollo.

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos es que ya desde los años 70 en Alemania y a fines del 80 en el ámbito internacional se comienza a invocar el principio de precaución, que opera ante la sospecha fundada de que determinados daños puedan ocurrir como consecuencia por ejemplo de la ingesta o el uso de un producto, este principio persigue una mayor seguridad ante los riesgos potenciales de ciertas actividades

43 Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aún pasando los plazos legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad.

44 Coinciden Goldenber y López Cabana en los siguientes términos “Habrán de buscarse remedios solidaristas, como los seguros forzosos y la estructuración de fondos de garantías, trasladándose a los costos finales de los productos, con el ánimo de dar soluciones rápidas a los damnificados y evitar la insolvencia o imposible identificación de los responsables, que genera la insatisfacción del damnificado consumidor o usuario destinado a soportar los daños injustamente sufridos”.

Como vemos y lo señalan muy bien Goldenberg y Caferatta la precaución y los riesgos de desarrollo comparten un origen común que sería una evaluación de riesgos basada en la información científica y estadística disponible en determinado momento, pero sus efectos son distintos⁴⁵.

El principio de precaución es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceptualizar como “la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente”(Kourilsky, Viney).

Kemelmajer considera que el principio de precaución se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos y lleva a privilegiar la hipótesis de que suceda un daño irreversible aunque sea a largo plazo⁴⁶.

En nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, además cabe señalar que con la Reforma Constitucional al incorporarse los Tratados con rango constitucional y consagrarse en el art. 41 un derecho al medio ambiente sano y a la calidad de vida y en el art. 42 los derechos de los consumidores tiene plena vigencia e importancia la discusión de los daños que puedan ocasionarse en virtud del riesgo de desarrollo y su cruzamiento con el principio de precaución⁴⁷.

Sin embargo autores como Pietro Molinero, consideran que aceptarlo implicaría lisa y llanamente la negación de la excepción por riesgo de desarrollo o avance de la ciencia, en su criterio la propia noción de riesgo de desarrollo queda en jaque pues apenas una actividad sea considerada como sospechosa ya equivaldría a establecer la defectuosidad del producto y una consecuente responsabilidad o aun peor, que la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores⁴⁸.

45 Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Ob Cit T. IV pag. 492. “Responsabilidad por productos elaborados”, escrito por Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor

46 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Determinación de la filiación del clonado”, en JA 2001, n12.

47 Cozzi, Eugenio H- “El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil” Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil, 2005.

48 Prieto Molinero, Ramiro Ob cit, cap., décimo pág. 414 y ss.

Dado que hemos sostenido la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y no su eximición, no podemos compartir tal argumento y creemos que estamos frente a creadores de riesgos que deben hacerse responsables por la actividad que desempeñan, y que cumplir con el principio de precaución jamás implicaría un cese en el avance tecnológico, sino el manejo de una tecnología más segura para los consumidores.

Roberto Andorno, destaca que la aplicación lisa y llana del principio de precaución al derecho civil francés de la responsabilidad parece por ahora excesiva a menos que se repensara totalmente el sistema de reparación de daños, y recuerda los dichos de Viney con referencia a que la teoría del riesgo creado ya aportaría por el momento la protección necesaria, aclarando que esto no obsta a que en un futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aun mayor a la comunidad cubriendo los riesgos potenciales⁴⁹.

Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual.

Una de las cuestiones más discutidas entre los autores es la de determinar el sujeto destinado a observarlo, si es aplicable directamente sólo al Estado e indirectamente a los particulares mediante las reglamentaciones que éste dicta o también de modo directo debe ser observado por los particulares, por ejemplo los fabricantes de productos medicinales

Son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto del riesgo (riesgo potencial) la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, se da la existencia de informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, el medio ambiente).

49 Andorno Roberto - *"El principio de precaución, un nuevo standart jurídico para la era tecnológica"*, LL 2002, D - 1328

Hay que evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños, esto necesariamente lleva al tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente⁵⁰.

7. La vida y la historia como enseñanza

Quizás influidos por el documento sobre “Lecciones tardías de alertas tempranas” queremos recordar sucintamente aquí ciertos casos como el de la fatiga de los metales, el uso de asbestos, ciertos medicamentos y las siliconas por ejemplo⁵¹ a fin de que aprendamos de la experiencia y veamos las consecuencias que ciertos daños tienen sobre la humanidad ⁵¹.

La aviación comercial le debe su evolución al desarrollo que se hiciera partiendo del avión Comet I y una cuestión de interés académico como la teoría de la fatiga de los metales adquirió consecuencias prácticas debido a que dada la necesidad de volar a mayor altura para reducir el consumo de combustible y la necesidad de obtener una mayor autonomía de vuelo fue necesario la presurización de la cabina para que pasajeros y tripulación pudiesen respirar, pero a partir del 2 de mayo de 1952 se producen una serie de accidentes en los cuales hay víctimas mortales. Cuando el Primer Ministro Churchill ordeno que se realizara una investigación para establecer las causas de estos sucesos, el informe da por resultado que el desgaste de los metales sometidos a presurización es más rápido.

Hoy el problema referido a la aviación lo tenemos con las radiaciones que sufren los pasajeros y los tripulantes, que pueden tener consecuencias hasta genéticas, hemos observado que para los tripulantes existen disposiciones protectoras especiales, pero no así para el pasajero frecuente a quien ni siquiera se le informa de esta cuestión ⁵².

50 Una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados.

51 Lecciones tardías, alertas tempranas: el principio de cautela, algunos puntos a modo de resumen 2002. Agencia Europea de Medio Ambiente <http://Europa.eu.int>

52 Di Iorio, Pablo- *Los riesgos y efectos de la radiación ionizante cósmicas en las tripulaciones de vuelo y en el pasajero frecuente*, en www.garridocordobera.com.ar. Monografía y proyecto de investigación presentado en el curso “Percepción y Configuración de nuevos Daños”.

Otros ejemplos los tenemos con los asbestos o amianto utilizados en construcciones que al volatilizar producen efectos cancerígenos y que llevan a una muerte dolorosa, y con la utilización de PCBs como refrigerante en transformadores o máquinas ha merecido hoy un tratamiento especial en el mundo al reconocerse su peligrosidad ya que se lo vincula con formas de leucemia.

En el tema de medicamentos, recordemos los casos de la Talidomida, que creada en 1953 como un sedante para embarazadas tuvo un uso masivo en el período que va de los años 58' a 62' y produjo malformaciones en los niños que nacieron; el DES, hormona femenina sintetizada en 1938 y utilizada para evitar abortos espontáneos, pero que produjo en las hijas de las consumidoras transformaciones en los tejidos del cuello del útero y desarrollo de cáncer, este producto fue retirado del mercado en 1971 y como había sido producido por cientos de fabricantes se planteo el problema de la relación de causalidad y llevo a la creación de la teoría del Market Share; también podemos recordar el fármaco para controlar el colesterol MER 29 (aunque tiene sus particularidades) que produjo cataratas y que puesto en circulación en 1960 fue retirado en el 62; y recientemente el anti-inflamatorio y analgésico Vioxx fue retirado voluntariamente del Mercado por Merck Sharp & Dohme luego de que un informe señaló que su administración había elevado la frecuencia de infartos y accidentes cerebro vasculares.

Una alerta ha sido lanzada también con respecto a la atomonexina por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA), esta droga es comúnmente prescrita para el tratamiento del trastorno por déficit en la atención y podría incrementar los pensamientos suicidas de los pacientes.

En el contagio de HiV por hemoderivados o por transfusión de sangre existe un grave problema ya que en el periodo ventana es hoy científica y técnicamente imposible determinar la existencia del virus en la sangre y sin embargo el resultado será el contagio si estamos ante una sangre contaminada, ello ha permitido sostener a Parra el argumento de que estamos frente a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, nosotros por nuestra parte hemos negado el carácter interruptivo en la relación de causalidad y por ende la posibilidad de eximirse⁵³.

53 Parra, Ricardo Adrián-, *Daño transfusional*, en www.garridocordobera.com.ar. Monografía y proyecto de investigación presentado en el curso "Percepción y Configuración de nuevos Daños".

Si lo vemos históricamente, antes de la difusión masiva de la información sobre este virus, su detección era aun mas improbable ya que no se realizaban los test específicos y frente a ciertas muertes que presentaban cuadros clínicos comunes se pudo identificar el origen viral y luego los medios o modos de contagio y se ha ido perfeccionando los métodos de testeo.

La jurisprudencia francesa, judicial y administrativa, se ha pronunciado claramente, manteniendo la responsabilidad de los centros de transfusión sanguínea quienes por asumir una obligación de seguridad determinada, no pueden invocar el riesgo de desarrollo, por ser un vicio inherente al producto, recordemos que por la ley del 31 de diciembre de 1991 se creó un fondo de garantía específico para indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV⁵⁴.

En cuanto a los hemoderivados un grave problema se presenta con el Factor VIII de Bayer para hemofílicos que fueron distribuidos en Latinoamérica como bien lo puntualiza Pietro Molinero.

Una paradoja se da en el tema de los daños producidos por las compañías tabacaleras por la protección que la mayoría de las legislaciones hoy brindan a los no fumadores para el uso y disfrute del aire sano y la jurisprudencia que en la Argentina no hace lugar a las indemnizaciones, hoy se sabe que en el cigarrillo actúan

54 Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fievre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1ª Civil con fundamento en el art. 1147 del Código Civil dijo que el deudor debe ser condenado si no justifica que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte y que con este punto de partida, se decide que "los centros de transfusión sanguínea están obligados a proveer a los receptores productos exentos de vicios y no pueden exonerarse de esta obligación de seguridad sino con la prueba de una causa extraña que no pueda serles imputada" y de igual modo el Consejo de Estado en sus decisiones del 26 de mayo de 1995 ha decidido que "los centros de transfusión sanguínea son responsables aun en ausencia de culpa de las consecuencias dañosas de la mala calidad de los productos provistos"

Mazeaud y Chabas, expresan que en todas esas sentencias se hace sentir la influencia de la directiva y es a luz de ella que son interpretados los textos de los arts 1147 y 1384 parr 1 del CC y se declara que un productor es responsable de los daños causados por un defecto de su producto, tanto en consideración a las victimas inmediatas como a las victimas indirectas, sin que haya tenido lugar distinción alguna según que tengan la calidad de parte contratante o de terceros, .v. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Jean, Mazeaud, Leon y Chabas Francois *Derecho Civil Obligaciones* T II, traducción Luis O Andorno, pag 257 ED Zavalia, Bs As 2006

alrededor de 4700 compuestos y en el ranking de los mas dañinos esta la nicotina, el alquitrán y el monóxido de carbono y que estamos en realidad frente a una responsabilidad del fabricante que no puede eximirse en virtud del riesgo de desarrollo pues estamos frente a un daño conocido⁵⁵.

Otra cuestión a resolver se da frente a la nanotecnología y la nanociencia, con la implantación en el cuerpo humano de objetos cuyo tamaño puede ser de décimas de milímetros destinados por ejemplo a suministrar medicación o a lograr una mejor conducción, en la industria se utilizaría por ejemplo para lograr una mejor la adhesión de superficies; y también se habla de la creación de una maquina molecular por parte de científicos británicos, frente a esta realidad nos hemos preguntado con nuestra colega de investigación, la socióloga y epistemóloga Ana Kunz que ocurrirá en el futuro y que respuesta debe dar el derecho si acecen daños no previstos⁵⁶.

En nuestro diario vivir nos encontramos con artefactos de los que los que emanan ondas, por Ej., los microondas, las computadoras u ordenadores, los teléfonos celulares, las camas solares y tambien consumimos comida genéticamente modificada, enfrentamosa diario una serie de situaciones no percibidas como fuente generadora de daños pero que podrían serlo⁵⁷.

En materia alimentaria se plantea hace tiempo el tema de los aditivos, conservantes, la utilización de hormonas para un mayor crecimiento, de antibióticos y de genes modificados para obtener un mejor producto vendible al consumidor.

El “síndrome de la vaca loca” o “encefalopatía bobina esponjiforme” obligó a analizar a las proteínas como causante de procesos infecciosos y a no circunscribirse a los virus, bacterias y hongos dado que el consumo por el hombre de ganado alimentado

55 Un dato alarmante ha sido que en el año 2000 se conoce en la Argentina la existencia de plantaciones transgénicas Burlen 51, genéticamente modificadas enriquecidas en nicotina y no autorizadas en casi todo el mundo por la adicción que provocan.

56 Garrido Cordobera, Lidia M R y Kunz Ana - *El derecho de Daños y la sociología ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, en VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica, año 2005

57 Nosotros nos hemos preocupado especialmente de este tema de la percepción y configuración de nuevos daños ligando el tema al impacto tecnológico y la responsabilidad y al principio de precaución. Ver www.garridocordobera.com.ar (ver D. De daños).

con harina animal (parte de tejido nervioso y esquelético se pulveriza para obtenerlo) que contenía el prion scrapie (Pr-Psc) origina desordenes neurológicos que finalmente llevan a la muerte, pero que por los síntomas pueden confundirse con otras enfermedades, fue recién en el año 2000 en la Revista Nature donde se informa que un grupo dirigido por el Dr. Aguzzi identificó una proteína natural que al adherirse a los priones modificados permite identificar la contaminación con el prion de la EEB⁵⁸

8. Conclusiones

Parece que los problemas son de difícil solución ya inmediatamente, pensamos en los extremos (permitir/ prohibir, responsabilizar/ eximir), creemos que hay que aprender del pasado y del pretor romano, recordar las luchas que el hombre tuvo para consolidar sus derechos, pero sin dejar de pensar que la búsqueda de lo justo nos debe acompañar siempre.

Frente al un tema como el de la responsabilidad en virtud del “riesgo de desarrollo” no podemos olvidar bajo ningún pretexto lo imperativo del Principio General del “*alterum non laedere*” que en la Argentina tiene base constitucional en nuestro art. 19 de nuestra Carta Magna, y que se relaciona necesariamente ante los nuevos supuestos dañosos con lo establecido en los art. 15 y 16 de Código Civil Argentino, la normativa ambiental y la Ley de Protección al Consumidor, no hacerlo de este modo y no reconocer su reparabilidad es negar la verdadera razón de ser del Derecho que es la protección del ser humano.

58 Pigretti, Eduardo “Derecho ambiental profundizado”, Ed La Ley, pag 115 y ss.

