

24/4/17

El desafío del siglo XXI para la Argentina: La consagración de la responsabilidad o de la excepción del avance de la Ciencia a la luz del Sistema actual

Lidia Ma Rosa Garrido Cordobera*

Palabras clave

Riesgo de desarrollo- Excepción- Consumo- Intereses colectivos- Poder de Policía del Estado- Responsabilidad

1. - Que estamos dispuestos a pagar o sufrir por el desarrollo?

Solemos recordar y decir en nuestros trabajos que el avance de la ciencia nos enfrenta a un nuevo período histórico: la era tecnológica y configuran algunos de sus desafíos los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, la nanotecnología, los alimentos transgénicos, etc.¹.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos surgen reclamos en el contexto social, y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión y la experiencia histórica, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico².

Vemos que pese al haber transcurrido varios años aun estamos discutiendo la solución de varios problemas como los mencionados y uno de ellos es sin duda alguna el fijar los alcances de los daños producidos por el avance de la tecnologías –daños por riesgo del desarrollo- de los originados en lo que se la denominado riesgos del desarrollo³

Señala Parra Lucan que el acento al tratar el tema de la responsabilidad por productos ha de ponerse en la seguridad de los productos y los problemas de salud que

*Adjunta Regular Dedicación Exclusiva Contratos Civiles y Comerciales UBA, Prpf Extraordinaria UNNE, Docente Investigador Categoría 1 Ministerio de Educación, Doctor UBA, Especialista en Derecho Registral UNA, Académica correspondiente por Corrientes ANDC, Reconocimiento a la Excelencia de la UBA y Premios a la Producción Científica, Directora de Proyectos Investigación, Coordinadora del Doctorado Intensivo.

¹ Estamos ante un cambio tan vertiginoso que suele decirse que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, pero a la vez que, basta el saber utilizar las computadoras para que podamos recopilar la información necesaria

Garrido Cordobera, Lidia M. R *Daños colectivos y la reparación*, Ed Universidad, 1993.

Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *Los Daños colectivos, -prospectiva general-*, Ed Javeriana 2009.

Garrido Cordobera, Lidia M. R, *Los daños en la sociedad actual, en El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini- Nicolau,, pag 345, Ed La Ley 2005

Herrera de las Heras, Ramón, *La responsabilidad de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007

Messina de Estrella Gutiérrez, Nora *Riesgo de empresa* , Lexis Nexis, 2004

² Diez-Picazo, Luis: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, Págs. 90 y ss, Ed. Civitas,

³ Garrido Cordobera, Lidia M. Rosa: *La responsabilidad por riesgo del desarrollo*, Ed Astrea, en prensa

en definitiva son un corolario del propio derecho a la vida y a la integridad de la persona humana reconocido en los textos internacionales y en varias constituciones⁴

Partimos de concepto de productos abarcativo de bienes y servicios que la industria y tecnología han lanzado a la comercialización, e incluyendo alimentos, medicamentos, hemo- derivados, frutos y carne, etc y no hablamos ni de productos elaborados ni defectuosos, puesto que no compartimos tal denominación.

Además debemos tener presente que el riesgo se ha convertido en un actor fundamental en la sociedad moderna como recuerdan Bergel y Ulrich⁵, participamos de las sociedades de riesgo global, en las que cada vez se enfrentan nuevos riesgos sin que se alcance a advertir la real magnitud de los mismos.

Herrera de las Heras recuerda que fue en 1982 cuando se pudo apreciar por primera vez el campo que se abría, al producirse comercialmente insulina humana para el tratamiento de diabetes⁶ y destaca como hitos entre otras: la hormona de crecimiento, el interferon, la talasemia, las vacunas génicas, el reciclaje de aguas, la utilización de tierras y agregamos los transgénicos⁷ y los dispositivos nanotecnológicos⁸.

Paralelamente se ha desarrollado la bioseguridad como un conjunto de normas y procedimientos técnicos destinados a garantizar el uso seguro de las técnicas biotecnológicas, abarcando cuestiones ambientales, de producción, de comercialización, económicas y éticas.

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 por ejemplo⁹.

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" ¹⁰.

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, y recordemos que por la ley

⁴ Parra Lucan, Ma Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, pag 27 y ss, Ed Bosch 1990

⁵ Goldenber, Isidoro- Cafferatta, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborados*, Tratado de la responsabilidad Civil T 3, pg 481 y ss, Ed La Ley 2005

⁶ Herrera de las Heras, Ramón, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007

⁷ Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgénicos en Europa*, RCyS enero 2008

⁸ Garrido Cordobera, L M R- Kunz, Ana, *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005

⁹ Lecciones tardías, alertas tempranas: el principio de cautela, algunos puntos a modo de resumen 2002. Agencia Europea de Medio Ambiente <http://Europa.eu.int>

¹⁰ Lambert- Fiebre, Ivonne *La responsabilidad del fabricante por el hecho de sus productos en la Comunidad Europea*, Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Ed Abeledo Perrot 1997

del 31 de diciembre de 1991 se creó un fondo de garantía específico para indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV¹¹.

En el tema de medicamentos, son “clásicos” 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, produjo en las hijas de las consumidoras transformaciones en los tejidos del cuello del útero y desarrollo de cáncer¹², 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 mas recientemente el antiinflamatorio y analgésico Vioxx que 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

En la actualidad se plantea el tema frente a la nanotecnología y la nanociencia, por la implantación de objetos cuyo tamaño puede ser de décimas de milímetros destinados por ejemplo a suministrar medicación o a lograr una mejor conducción neuronal. 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 compañera y colega de investigación, la socióloga y epistemóloga Ana Kunz que ocurrirá en el futuro y que respuesta debe dar el derecho¹³.

Pero recordemos que toda actividad conlleva riesgos y que el riesgo 0 (cero) es una utopia, lo cual no implica que la sociedad deba aceptar forzosamente cualquier riesgo y no reclamar su reparación en aras del progreso de la humanidad; y deberemos movernos en lo que en lo que se a denominado “desarrollo sustentable”

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

Hay que considerar el concepto de “desarrollo” con un nuevo sentido, el que se acuña, según Cadwel, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano; la complejidad de un programa de desarrollo es creciente a medida que se combinan los valores económicos y ecológicos, que se suman otros factores tales como los legales¹⁴.

Siempre hemos sostenido 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 mas 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, cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se

¹¹ Seuba Torrebanca, Joan *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, pag 362 Ed Civitas 2002.

¹² 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,

¹³ Garrido Cordobera, Lidia M R y Kunz Ana , *El derecho de Daños y la sociología ante las innovaciones científicas y tecnológicas*, en *La ley Actualidad* , Bs. As 2005

¹⁴ 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, 1984.

hace referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida¹⁵.

Podemos decir, que puede conceptualizarse el “riesgo de desarrollo”, de un modo 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 producto¹⁶.

Prieto Molinero señala 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 brindaba elementos para conocer o siquiera sospechar, el potencial dañino del producto¹⁷.

En este tema es clásico el trabajo de Salvador Coderch y Sole Feliu, para quienes serían 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 comercialización del producto de que se trate¹⁸.

Para Luis Andorno con la expresión “riesgo de desarrollo” se hace referencia al “riesgo” como consecuencia del 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 defectuoso¹⁹.

La terminología usada de “riesgo” según Parra Lucan 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 eliminarlos²⁰.

Meza, Boragina y Agoglia sostienen 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 consumo²¹.

López Cabana y Goldenberg por su parte caracterizan al “riesgo de desarrollo” como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado

¹⁵ Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos y la reparación*, Cáp. VI, pag. 158 y ss, Ed. Universidad, 1992.

¹⁶ 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, 1995.

¹⁷ Prieto Molinero, Ramiro- *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, Ed. Dickinson, Madrid 2005.

¹⁸ Salvador Coderch, Pablo – Sole Feliu, Joseph- *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*”, pag. 29, Ed. Marcial Pons 1999

¹⁹ Andorno Luis O, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, Ed. Lexis Nexis 1997.

²⁰ Prieto Molinero, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pag., 80 Ed. Dickinson, Madrid 2005.

²¹ Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA 1997-III-636*

de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad²².

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 dañino²³.

Aclaremos que a nuestro entender en cuanto a las “lagunas del desarrollo”, estamos frente al incumplimiento del deber de informar los efectos secundarios al consumidor y además a una responsabilidad en cabeza del Estado por autorizar la circulación del producto en virtud del ejercicio del Poder de Policía.

El tema que nos ocupa requiere que recordemos que en el Derecho norteamericano el parámetro o canon de la responsabilidad objetiva se limita en su aplicación a los defectos de fabricación, mientras que “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”²⁴.

Esto obedecería a la recepción de criterios básicamente económicos de riesgo-utilidad por sobre el sociológico y normativo de las expectativas razonables del consumidor, evidenciando una influencia del análisis económico del Derecho.

Recordemos que la responsabilidad por culpa atiende a la razonabilidad de los actos llevados a cabo por el productor, mientras que la responsabilidad objetiva mira si el producto era razonablemente seguro para destinarse a sus usos previsibles.

La respuesta del derecho europeo al problema parece ubicarse 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 como se ha realizado para otros supuestos²⁵.

Volviendo una vez mas sobre nuestra concepción de “riesgo de desarrollo”, nosotros la centramos más en la creación de un riesgo que en la noción de defecto propiamente dicho, el “riesgo de desarrollo” no es un defecto en si mismo, preferimos hablar de creación de riesgo y no eximimos al fabricante en virtud del avance de la ciencia en nuestro derecho²⁶.

²² Goldemberg Isidoro -,López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917.

²³ Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 41 y ss, Ed. Marcial Pons 1999.

²⁴ Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* pag. 81 y ss, Ed. Marcial Pons 1999 ,

²⁵ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

²⁶ Prieto Molinero, Ramiro-,*El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

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 ya aclarar que también lo hacemos en cuanto a eximir al fabricante en virtud del avance de la ciencia.

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.

Ante una realidad de ver daños tecnológicos sin ser reparados, bregamos por la instalación de los sistemas de fuente colectiva, hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los Fondos de Garantía²⁷.

Vemos entonces que dentro de la temática del desarrollo tecnológico y la protección al consumidor se ha planteado e intentado resolver la cuestión del “riesgo de desarrollo”, pero, dada la polémica existente sobre su reparabilidad la cuestión no esta zanjada²⁸.

El tema se polariza aun más en la doctrina y en la Jurisprudencia Argentina al no existir tampoco una consagración de la “excepción del avance de la ciencia” y si bien son pocos los casos en los que se ha planteado, en algunos a nuestro entender, lo ha sido de un modo confuso²⁹.

Decíamos en nuestro libro que todas estas definiciones o conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes, vemos que 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 todas reconocen también, que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto, queda por establecer entonces jurídicamente si corresponde la responsabilidad del fabricante o corresponde algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor³⁰.

En el Derecho argentino no se ata la responsabilidad estrictamente a la noción de defecto de fabricación y se habla de dañosidad y también de riesgo, lo que nos da más amplitud

Toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio y puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no todos son asumidos directamente, no siempre se internalizan las externalidades, ya que resulta más económico obtener los beneficios de una actividad sin asumir sus costos y aquí la noción de costo social es de gran importancia en esta materia, como también observar si el Derecho determina su internalización y su asunción, ya que se vincula con el pago de indemnizaciones, los costos preventivos, administrativos y judiciales.

Se argumenta que si las industrias financian y asumen el costo social podrían introducirse comportamientos ineficientes en el mercado, ya que no se asignarían todos los recursos a la producción, y se podría desalentar aquellas actividades económicas que a pesar de generar daños son necesarias a la sociedad³¹;

²⁷ Garrido Cordobera Lidia M. R. *Los daños colectivos –prospectiva general*, pag. 115 y ss Ed. Javeriana 2009.

²⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R , *Los daños colectivos-prospectiva general*, Ed Javeriana 2009
Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

Puede consultarse nuestros trabajos y citas respectivas a las obras de Pizarro, Márquez y Moiset de Espanes y Pietro Molinero

²⁹ Garrido Cordobera, Lidia MR y Barocelli, Sergio S, *Responsabilidad por riesgo de desarrollo aproximaciones de la Jurisprudencia Argentina*, LL 2008-F (Rev del 21/9/08).

³⁰ Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010

³¹ Hemos dicho en nuestros trabajos que la situación contraria nos conduciría a que las víctimas queden desamparadas en aras de lograr una mayor actividad productiva.

Nosotros creemos que la “garantía de inocuidad” o “garantía de seguridad” corresponde a la estructura de todos los mercados, 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, por ello nos encolumnamos en la tendencia de imputar la responsabilidad al fabricante³².

No compartimos la corriente que lo considera un riesgo imprevisible y atípico y de que es injusto hacerlo recaer sobre el fabricante ya que es ingobernable e imprevisible estadísticamente, y, por ende, inasegurable al no poder saberse su dimensión. Apoyándose esta posición 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 empresario³³.

En el sistema de responsabilidad Argentino, suele sostenerse que 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 imprevisibilidad conspiraría contra la posibilidad de considerarlos autores, vemos que el “riesgo de desarrollo” es asimilado una situación fortuita conforme a los principios que gobiernan la causalidad adecuada³⁴.

Para la otra postura, a la que adherimos, para que el “riesgo de desarrollo” actúe como eximente de responsabilidad deberá revestir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor extraño al producto y a la empresa; no implicaría caso fortuito eximente, la *communis opinio* sobre la inocuidad del producto, si posteriores conocimientos científicos comprueban su dañosidad³⁵.

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 ya que en palabras de Benjamin “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”³⁶.

Prieto Molinero 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 el limite invencible de el saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su tiempo, además de considerara

³² Por ejemplo en los productos farmacéuticos y químicos existe un riesgo típico y que hoy nadie puede alegar desconocer y que es justamente la existencia de tales riesgos, aunque pueda desconocerse su dimensión hasta que éstos se consoliden.

³³ Prieto Molinero, Ramiro-, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg 113 Ed. Dickinson, Madrid 2005

³⁴ Meza Jorge, Boragina, Juan Carlos y Agoglia M Martha, *Doctrina JA 1997-III-636*

Pero, no podrá ser merituado 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.

³⁵ Goldemberg Isidoro , López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917

³⁶ Benjamín, Antonio, J.A., 1993-II-913.

que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso³⁷.

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 esta en la actividad que se realiza y dentro de ella es previsible.

Deciamos que en el sistema argentino el fabricante respondería por darse la relación de casualidad adecuada (art. 906 C.C. Argentino), cabía incluirlo como ya lo hemos dicho en varios trabajos en la obligación de seguridad del Art. 1198 del C.C. Argentino y en el riesgo de actividad cuyo soporte legal lo hallábamos en el art. 1113 2da parte del mismo cuerpo legal, en cuanto al Estado se estaba ante una responsabilidad basada en la mal denominada “falta de servicio”, de carácter objetivo (art. 1112 C.C. Argentino) y que operaba de manera “*in solidum*” con el fabricante frente a la víctima. Debiéndose también tener presente la Ley de Protección al Consumidor (T.O.) donde no hay que perder de vista los arts 1, 2, 4, 5, 6, 37, 40, 40 bis y 52 bis.

Ante 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), sosteníamos que se podía operar la responsabilidad colectiva del Art. 1119 CC o la viabilidad de aplicar la teoría del Markert Share o participación en le Mercado.

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

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 descendencia³⁸.

Por supuesto, que lo consideramos un daño que no debe ser soportado por la víctima inocente, cuya única conducta “culpable” ha sido la de creer en lo que le decían

³⁷ Prieto Molinero, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pg pag. 114 Ed. Dickinson, Madrid 2005 ob., cit..

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. A nuestro modo de ver, esto obviamente no es así, dado que el fundamento que da origen a la situación “riesgo de desarrollo” es el estado en que se encontraba el conocimiento humano en un momento dado y, sólo a partir de entonces, se analizará la conducta del fabricante, pero, ello, no a los efectos de una culpa, sino para ver si éste realmente este hizo todo lo posible en atención a aquellos límites objetivos; en definitiva, para verificar si se podía aplicar ese límite general al caso particular”.

³⁸ Creemos firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños aún pasando los plazos ordinarios legales más largos, por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad.

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 reparación ³⁹.

Teniendo en cuenta la gravedad de los daños tecnológicos que pueden muchas veces no solo afectar la salud de las generaciones presentes sino también comprometer a las generaciones futuras debemos plantearnos como actúan los institutos y principios que hacen a la precaución de daños

Como 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 distintos y por ello se ha promovido la renovación del riesgo de desarrollo ⁴⁰.

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 lo peor, un daño irreversible aunque sea a largo plazo ⁴¹.

El principio de precaución ⁴² es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede concebir 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).

Nosotros coincidimos en lo dicho por Cozzi de que en nuestro país ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675 del 2002, conocida como Ley General del Ambiente, pero en realidad tiene vigencia desde antes ⁴³.

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, la abstención de la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores ⁴⁴.

Dado que hemos sostenido la responsabilidad en virtud del riesgo de desarrollo y no su eximición, no podemos compartir sus argumentos y creemos que estamos frente a

³⁹ Coinciden Goldenberd 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”.

⁴⁰ Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborado*, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, 1ra T. IV pag. 492.

⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.

⁴² 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 frente a un riesgo actual.

⁴³ Cozzi, Eugenio H- *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil*, Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil, 2005

⁴⁴ Prieto Molinero, Ramiro Ob cit, cap., décimo pág. 414 y ss

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.

Recordemos que 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, deben tenerse informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, del medio ambiente).

Se trata de 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 libremente y de esto último una manifestación la encontramos en el etiquetado de los productos transgénicos o genéticamente modificados

2. - Breve encuadre normativo del problema en el sistema Argentino Actual

Veamos someramente que normas creemos pertinentes del Código Civil y Comercial para ser aplicadas a la cuestión de la responsabilidad por productos y servicios y al riesgo de desarrollo.

El problema se vera atrapado por las normas del Art 42 CN, LDC, las leyes ambientales y el CCC, tanto en su Titulo preliminar como en el especifico donde se trata la cuestión de responsabilidad en el Titulo V; Capitulo I

Si bien es conocida nuestra posición de considerar a este problema un supuesto de responsabilidad objetiva, con aplicación tanto de las normas Constitucionales y PDH, como también de las obligaciones que emergen de la LDC, indudablemente el problema no esta expresamente resuelto

El CCC establece entre sus disposiciones generales (Art 1708) que las funciones de la responsabilidad son la prevención del daño, su reparación, y recordemos que lamentablemente se suprimió la función punitiva para los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Sobre la aplicación de los comúnmente llamados “daños punitivos”, se adoptaba la denominación de *Sanción pecuniaria disuasiva* y el juez tenia atribuciones para aplicarlo, a petición de parte, con fines disuasivos a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Su monto se fijaría prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y criticábamos que tenga en cuenta también la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tendría el destino que le asigne el juez por resolución fundada (ex Art 1714) vemos que en materia de consumo el Art 52 bis LDC no se ha tocado y continuamos sosteniendo la posibilidad de discutir el tope legal fijado

En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, serian aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; lo que nos remite lógicamente al artículo específico de la Ley de Consumidor (Art 1709)

Es muy importante que se establece en el Art 1710 que toda persona tiene el deber de prevención del daño, y que cuanto de ella dependa, debe evitar causar un daño no justificado; adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y no agravar el daño, si ya se produjo.

Estamos en el campo de las acciones de prevención, frente al daño que ya se ha comenzado a conocer y en materia de productos se utiliza el sistema de alerta y el de retiro del mercado, pudiendo recurrirse al recall, pero de modo alguno se ha receptado el principio precautorio que surge de la Ley General del Ambiente

Con respecto a los factores, nosotros sostenemos que al daño producido por el riesgo de desarrollo le es de aplicación el factor objetivo, como lo hemos desarrollado anteriormente en otros trabajos, pero veamos al respecto que se preceptúa en el mentado código.

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (Art 1772)

Veamos que se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (Art 1730), pero se establece que aunque ocurra el caso fortuito se es responsable conforme el inciso e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. Creemos que esta norma nos permite sostener la responsabilidad por riesgo de desarrollo.

Se recepta tanto el riesgo de las cosas como de las actividades estableciendo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva (Art 1757).

No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Estableciéndose como Sujetos responsables, al dueño y al guardián de un modo concurrente. Pero no se responde si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Vemos que si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción (Art 1761); y si es un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo (Art 1762). Recordemos que conforme al Art 40 LDC estaremos abarcando a la cadena de comercialización

Si bien nosotros no compartimos fundamentar la responsabilidad por productos en un factor subjetivo y menos aun en el supuesto de riesgo de desarrollo, veamos lo que se preceptúa en el Art 1721 que adopta como norma de clausura del sistema de responsabilidad en ausencia de normativa expresa, allí se dispone que el factor de atribución será la culpa, analicemos entonces que normativa creemos sería importante tener en cuenta lo que sostienen la aplicación de este factor para el riesgo de desarrollo.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Mientras que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (esto último nos enlaza con el Dolo eventual penal).

Creemos que aquí es importante la existencia del Art 1725 sobre la *Valoración de la conducta* pues cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la

previsibilidad de las consecuencias pero sobre todo por que se recalca que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes, tendremos en nuestro supuesto un proveedor y un vulnerable que es el consumidor que confía.

También vemos que en el ámbito contractual para valorar la conducta en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente, lo que será importante a ser tenido en cuenta en nuestro supuesto dañoso..

Finalmente recordemos que en materia de prueba de los factores el Juez tiene facultad de aplicar la prueba dinámica lo cual pondrá en cabeza de la cadena su carga.

Llegamos finalmente a un punto álgido, el de la responsabilidad del Estado, donde hemos visto una variación entre el Anteproyecto y el Proyecto del PE en el Art 1764. Es importante el rol que el estado como garante de la Comunidad lleva adelante en estos temas que comprometen su Poder de Policía..

La Reforma del PE estableció que la Responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda y también en el Art 1766 la Inaplicabilidad de las disposiciones de este Título a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Recordemos que se presento un proyecto de ley de Responsabilidad del Estado que se transformara en la Ley 26994, que realmente desoye años de evolución en el Estado de Derecho; y sostuvimos en varios trabajos y charlas nuestras criticas sobre el sistema plasmado y nuestra creencia de que el mismo es inconstitucional

Veamos ahora un tema especifico en la temática que nos viene ocupando que es el regular en el derecho argentino la responsabilidad por riesgo de desarrollo o adherir al sistema de la excepción del avance de la ciencia

En su proyectado Art 2 in b) cerraba aun mas el sistema, pues como ya mencionáramos, expresamente señalaba que se exceptuaban de los alcances de esta ley (de la responsabilidad estatal) “los daños y perjuicios que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de su acaecimiento”, incorporando legislativamente la excepción del avance de la ciencia,

Esto daría para las victimas un doble sistema, si es dañado por un particular podría alegar responsabilidad por riesgo de desarrollo y si lo es por el Estado este se exceptuaría, : creemos que esto no resistía lógica alguna ni principio de test de constitucionalidad y si bien fue suprimido en la sanción definitiva nos alerta sobre la cuestión de intento de plasmar la excepción de avance de la Ciencia.

3. - Algunas consideraciones finales.

Sostenemos frente a un tema como el de los daños producidos en virtud del “riesgo de desarrollo” la responsabilidad de todos los intervinientes en la cadena y del Estado, creemos que 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 La Carta Magna, y que se relacionara necesariamente ante los nuevos supuestos dañosos con lo establecido en Código Civil Comercial Argentino, con la normativa ambiental y la Ley de Protección al Consumidor, no hacerlo, entendemos, es negar la verdadera razón de la Magistratura y del Derecho mismo que es la protección del ser humano y de los principios de Derechos Humanos