

EL DESAFÍO DE LOS DAÑOS COLECTIVOS Y DEL RIESGO DEL DESARROLLO EN EL DERECHO DEL CONSUMO. AUTONOMÍA O DEPENDENCIA. SUS CONTORNOS PROPIOS*

THE CHALLENGE OF THE COLLECTIVE DAMAGES AND THE RISK OF DEVELOPMENT IN THE RIGHT OF CONSUMPTION. AUTONOMY THE DEPENDENCE. YOUR OWN CONTOURS**

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA***

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2017

Fecha de Aceptación: 28 de abril de 2017

Disponible en línea: 30 de junio de 2017

Para Citar este artículo/To cite this article

Garrido Cordobera, Lidia M. R., *El desafío de los daños colectivos y del riesgo del desarrollo en el derecho del consumo. Autonomía o dependencia. Sus contornos propios*, 46 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 37-87 (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris46.ddcr>

doi:10.11144/Javeriana.ris46.ddcr

* Artículo de reflexión de la ponencia realizada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Privado en la ciudad de Medellín que fue reformado y ampliado y ajustado a las normas de la revista para poder publicarse.

** Reflective article of the presentation made at the XI Ibero-American Congress of Private Law in the city of Medellín that was reformed and expanded and adjusted to the norms of the magazine in order to be published.

*** Titular de Privado I del Doctorado de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, Titular del Doctorado en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Especialidad en Derecho Ambiental de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora de la Especialización de Recursos naturales de la UBA. Directora de proyectos de Investigación de la UBA desde 1987 y directora del Seminario Problemática de los daños en la Sociedad Actual (Instituto de Investigaciones Jurídicas A. L. Gioja-UBA). Contacto: lgarrido@derecho.uba.ar, www.garridocordobera.com.ar

Professor of Private I of the Doctorate of the University of Social and Business Sciences, Titular of the Doctorate in the University of Buenos Aires. Professor of the Specialization in Environmental Law from the Pontifical Catholic University of Argentina. Professor of the Specialization of Natural Resources of the UBA. Director of Research projects of the UBA since 1987 and director of the Seminar on Problems of Damage in the Current Society (Legal Research Institute A. L. Gioja - UBA). Contact: lgarrido@derecho.uba.ar, www.garridocordobera.com.ar



RESUMEN

Se aborda en este trabajo la situación que debe afrontar el derecho en una economía global y de traslación de riesgos en materia de consumo y la solución posible frente a daños masivos a consumidores no detectables por el estado de la ciencia en el momento de puesta en circulación y cuáles son los contornos que el tema presenta.

Palabras clave: Daños Colectivos; Consumidores; Riesgo; Desarrollo.

ABSTRACT

This paper deals the situation faced by the law in a global economy and the transfer of risks in the area of consumers and the possible solution to massive damages to consumers not detectable by the state of science at the moment of circulation and what are the contours that the theme presents.

Keywords: Collective damages; Consumers; Risk; Development.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. – 1. PROBLEMÁTICA DE LA SOCIEDAD ACTUAL: EL IMPACTO TECNOLÓGICO, LA MASIFICACIÓN Y EL CONSUMISMO. – 2. EL DERECHO COMO MANIFESTACIÓN SOCIAL Y EL PROBLEMA DE LOS CONSUMIDORES. – 3. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS. NUEVOS PERFILES DEL DAÑO – LOS DAÑOS COLECTIVOS. LOS DAÑOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. – 4. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS EN MATERIA DE CONSUMO. – 5. 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. -¿QUE ESTAMOS DISPUESTOS A PAGAR O SUFRIR POR EL DESARROLLO? – 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La cuestión del avance tecnológico nos ha enfrentado en materia de productos con lo que se ha denominado “riesgo de desarrollo”, refiriéndonos con esta terminología específicamente a aquellas situaciones que en un momento dado (cuando se autoriza la comercialización) son consideradas como no dañosas pero que, con la evolución de las técnicas o de la ciencia se demuestra o descubren que eran la fuente generadora de ciertos daños (ejemplo de tal situación el DES, la talidomida, el amianto), esto es plenamente aplicable a productos alimenticios y a una serie de nuevos productos en un mercado global.

Desde el ámbito jurídico frente al daño producido en tales supuestos se sustentan dos posiciones antagónicas, la que sostiene la reparabilidad del daño sufrido por las víctimas indicando varios sujetos responsables y sin necesidad de acudir al concepto subjetivo de culpa, ni aceptar los eximentes de responsabilidad, basándose sobre todo en la relación de causalidad entre el hecho generador del riesgo y el daño y en la garantía de la seguridad de los productos; o bien, la opuesta de sostener la no reparación del daño, por lo que lleva a ser soportado por la víctima, con variados argumentos, por ejemplo el de ser un riesgo atípico que rompería la relación de causalidad, esta línea encuentra su punto culminante con la recepción en la Directiva Comunitaria del año 1985 de la “excepción del avance de la ciencia” en su Art. 7 e) y varios países latinoamericanos que la siguen.. pero recordemos que generalmente los medicamentos y alimentos están fuera de su aplicación al trasponerse la directiva comunitaria y que se contraponen por ejemplo con las soluciones dadas por la Jurisprudencia norteamericana.

En la Argentina al no existir una norma expresa que consagre la excepción del avance de la ciencia o bien la responsabilidad por riesgo de desarrollo este tema ha sido siempre polémico y aun hoy al estar garantizada la protección de los Consumidores en el Art. 42 de la Constitución Nacional, se discuten los alcances de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor y también del Código Civil y Comercial.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es de gran complejidad ya que por su naturaleza además de ser un daño individual es un daño colectivo y puede afectar a comunidades de indi-

viduos, y a generaciones futuras en el caso de las mutaciones genéticas, pudiendo presentarse en regiones que escapan a las fronteras de un solo país, por ello es importante analizar las soluciones dadas en los distintos derechos en un mundo globalizado.

Esto nos lleva a reconocer la existencia de intereses y daños colectivos con perfiles propios y no confundirlos como la mera sumatoria de intereses individuales.

Este tema se articula con el más amplio del derecho ambiental, donde tiene hoy en día auge el principio precautorio, aunque aún se discuta sus alcances muchos señalan la inconveniencia en su aplicación al riesgo de desarrollo pues frenaría el avance científico.

Decimos con Benjamín que no consentimos ser conejillos de indias o víctimas sin reparación, aunque admitimos que el riesgo o no existe y no estos temas donde el análisis económico es esencial nos preocupa la traslación de riesgos al sujeto más vulnerable.

1. PROBLEMÁTICA DE LA SOCIEDAD ACTUAL: EL IMPACTO TECNOLÓGICO, LA MASIFICACIÓN Y EL CONSUMISMO

Pretendemos solo enunciar la problemática que plantea el tiempo que nos toca vivir para no perder de vista su necesaria relación con el Derecho¹, entre las características del mundo en que vivimos, podemos señalar el continuo avance de las ciencias y de las técnicas, el creciente número de “accidentes”, la masificación, la intervención constante del Estado; configurando esto nuestras “circunstancias orteguianas” de las que el Derecho no se puede sustraer, a menos que sólo aspire ser un enunciado lógico desprovisto de contenido.

1 Consideramos que debe tenerse en cuenta la evolución que ha tenido el tema del tiempo en el curso de los siglos en el pensamiento de los filósofos, para comprender mejor las soluciones a las que podemos arribar jurídicamente, pues nuestro tiempo no es el mismo que el de la *polis* griega o la *civitas* romana, y nuestro derecho tampoco.

En tal sentido puede consultarse Grand Ruiz, Beatriz Hilda: El tiempo en la Edad Contemporánea, vols. I y II, Ed. Clepsidra, Bs. As., 1989.

Siempre hemos sostenido que el Derecho debe captar estas situaciones, y aunque sufre transformaciones más paulatinas, su sustrato, que es la sociedad, lo obliga a dilucidar sus desafíos, muchas veces, antes de que se realice la pertinente reforma legislativa, utilizando la interpretación judicial para tal fin². Estamos convencidos de que el estudioso del Derecho debe receptar los cambios sociales ya que éstos son factores genéticos de los sistemas normativos³.

Todos los movemos en un mundo en el cual se producen grandes interacciones, y en muchas oportunidades hay muy pocos contactos profundos entre los habitantes de una gran ciudad; en la vida diaria estamos inmersos en la “masificación” y en la globalización y el consumismo.

La idea de masificación está ligada, en principio, a dos nociones: una, de índole económica, y otra, filosófica, de actitud ante la vida; la primera nos enfrenta a un modo de producción estándar de bienes para consumo y comercialización; la segunda, al “ser” del hombre-masa de Ortega.

Ortega y Gasset consideraba que el hombre-masa es aquel que se identifica con los demás, que pierde su individualidad, que es “sólo un caparazón de hombre constituido por meros *idola fori*; carece de un “dentro”, de una intimidad suya, inexorable e inalienable, de un yo que no se puede revocar”, y por eso lo considera siempre presto para fingir ser cualquier cosa y creer que tiene sólo derechos y no tiene obligaciones: “es el hombre sin la nobleza que obliga”⁴.

También advierte que “masa es todo aquel que no se valora a sí mismo –para bien o para mal–; hay en estos hombres una actitud de conformismo con lo que son, sin intentar diferenciarse. Recalca acer-

2 Son múltiples los ejemplos de interpretación judicial, que permiten lograr la adaptación de una norma que tiene un precepto general dictado con otro contexto socioeconómico-político a situaciones *a posteriori*.

Recordemos que en materia de interpretación siempre se ha sostenido que el método es una herramienta o un camino para llegar a un resultado y que en definitiva el derecho es lo que los jueces dicen que es.

Las modificaciones legislativas plantean a la vez la cuestión de oportunidad y una decisión de política legislativa ponderando los intereses en pugna, por lo que el proceso es siempre más lento.

3 Concuerda con nuestra posición la ponencia de Isidoro Goldenberg a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

4 Ortega y Gasset, José: *La rebelión de las masas*, Ed. Hyspamérica, Bs. As., 1984.

tadamente que la masa tiende a arrollar todo lo diferente, individual, selecto, y entonces quien no comparta con la masa sus ideales corre el riesgo de ser eliminado.

El fenómeno de aglomeración nos impregna, estamos rodeados de muchedumbres cotidianamente, en las calles, facultades, centros de esparcimiento, de espectáculos, de manera tal que el individuo se siente uno más, y carece de contactos profundos con quienes lo rodean, además desea pertenecer a identificarse, y en ese afán acepta que le sean impuestos los estilos de vestimenta, lenguaje, artículos de “confort”, y se mimetiza con el grupo al que desea pertenecer.

Señala Rivera que vamos a notar un aumento constante del número de habitantes de las ciudades con una interrelación no querida de los sujetos, una influencia decisiva de los medios masivos de comunicación que penetran en todos los ámbitos donde el individuo se desarrolle, el avance de la tecnología que nos enfrenta a ciertos problemas éticos, el control del contenido contractual, la intervención del Estado en las relaciones económicas, la protección de los débiles. Lea existencia de reglas destinadas a la protección de los consumidores se encolumna en esta línea

El auge de la producción de bienes y servicios, genera en el individuo la necesidad de adquirir cosas –que en realidad no necesita– mediante inteligentes campañas de publicidad que prometen a veces resultados sorprendentes en cortos períodos, o bien, por asimilación, el consumidor cree que por poseer ese bien conseguirá el entorno que rodea a la propaganda.

El Derecho, como veremos, intenta poner coto a la publicidad engañosa y proteger al consumidor mediante la reglamentación. Se ha trabajado arduamente en las reuniones jurídicas y en los estudios de nuestra doctrina para tratar de recomponer la igualdad jurídica de los cocontratantes, de poner la posición predominante del predisponente en los límites adecuados y en el derecho Argentino la sanción del CCC del 2015 muestra un hito trascendente⁵.

5 Vallespinos, Carlos Gustavo: *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Ed. Universidad, Bs. As., 1984; Stiglitz, Rubén, y Stiglitz, Gabriel: *Contratos de adhesión cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ed. Depalma, Bs. As., 1985;

El tema es aún más complejo porque el avance de la ciencia nos enfrenta a un nuevo período histórico: la era tecnológica y sus nuevos desafíos (los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, etc.). Estamos ante un cambio tan vertiginoso que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, y, a la vez, basta el saber utilizar las máquinas para que éstas recopilen la información necesaria.

El hombre se encuentra con un gran poder, que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; éste es el gran desafío que enfrenta la humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas si realmente queremos realizar el principio o valor justicia⁶.

Muchas de las actividades que se realizan son potencialmente fuente generadora de daños⁷, y la responsabilidad civil debe adecuarse a estos nuevos límites y comprender que temas como el daño colectivo, también generan un “daño injusto”, que pugna por su reparación. El problema en materia de regulación está planteado en saber si debe tipificarse como daños especiales por ejemplo a consumidores o ambientes y regularlos en las leyes especiales o hacerlo en el sistema básico del CCC. Recordemos que la Argentina cuenta desde 1993 con una ley de consumidores y desde 2002 con una L G Ambiental y desde 1994 con ambos derechos garantizados constitucionalmente.

Presenciamos un auge de nuevos productos y una incitación incesante a su consumo⁸, la biotecnología, los medios masivos de comunicación, el apogeo de la informática y la reducción de las distancias.

Señala Goldenberg que estamos ante la etapa decisiva de la conquista de los tres infinitos: lo infinitamente grande, lo infinitamente pequeño y lo infinitamente complejo⁹.

6 Garrido Cordobera, Lidia M R, *Los daños colectivos – prospectiva general*, Ed Javeriana 2010 — *Los riesgos del desarrollo en el Derecho de Daños*, Ed Astrea, 2016.

7 Garrido Cordobera, Lidia M R- Kunz, Ana *El derecho de daños frente a las innovaciones científicas y tecnológicas* LL Actualidad del 15/98/2006.

8 Garrido Cordobera Lidia M. R, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad civil en Hom a Francois Chabas, Ed Rubinzal Culzoni.

9 Goldenberg, Isidoro: Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989.

Por ello, es imperiosa aquí una cosmovisión que, centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Es devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero estadístico o un instrumento económico.

Frente a cada nuevo desafío que surge en el contexto social, la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas sociológicas de ajuste; y el orden jurídico debe hacerlo también; la experiencia histórica, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico¹⁰.

Nunca han coexistido tantos científicos, y el desarrollo de inventos y nuevas técnicas de aplicación han sido tan vertiginosos que la automatización y la cibernética reemplazan a los individuos; se valora el conocimiento y la cantidad de información como una posibilidad de tener poder: el que tiene la tecnología domina.

En el campo médico, ese avance de la ciencia plantea cuestiones conflictivas como los métodos de procreación asistida, la ingeniería genética y la manipulación de embriones, los supuestos de trasplantes de órganos vitales, la prolongación artificial de la vida, la experimentación molecular con creación de nuevos seres vivos (bacterias y virus). Esto originará la revisión de numerosos conceptos jurídicos y, al decir de Rivera, “deberán ponderarse muy importantes principios éticos y religiosos”¹¹.

Además, la tecnología es hoy objeto contractual, quedando comprendida dentro de los contratos de transferencia de tecnología que son realizados por empresas cuyas sedes generalmente están ubicadas en otros países, y pueden consistir en provisión de conocimientos técnicos (cesión y uso), cesión de tecnología, contrato de licencia; pero son el resultado de largos y complejos procesos de investigación, y en rigor de verdad, su tipo constituye una especialidad contractual por la especificidad y conocimientos que deben tener los operadores jurídicos.

10 Diez-Picazo, Luis: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, ps. 90 y ss., Edit. Civitas, España

11 Rivera, Julio César: *Derecho Civil, Parte General*, t. 1, p. 75, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987; también pueden consultarse las investigaciones de Roberto Andorno y Ana Di Iorio sobre fecundación asistida realizadas como becarios de UBA en el Instituto Gioia; Yzquierdo Tolzada, Mariano: *Las nuevas formas de reproducción humana: aspectos jurídicos*, serie monográfica H. M., N° 4, vol. XXX, N° 723, España, 1986.

Vivimos en un mundo fascinante pero peligroso, con un hombre distinto; ya no se soporta el daño como un designio divino, se pretende que el daño sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea reparado, y por eso se habla de un “crédito a la indemnización” y no ya de una “deuda de responsabilidad”¹².

La evolución tecnológica del mundo industrializado origina daños colectivos, con la confrontación de dos nebulosas -los agresores y las víctimas-, ampliándose desmesuradamente para el criterio clásico y estricto de responsabilidad civil, pero ubicado el problema en los carriles del moderno Derecho de Daños¹³.

Asistimos ahora al reconocimiento de daños que antes no eran reparables, con mayor legitimación activa y mayor legitimación pasiva, la socialización de riesgos, la instauración de los sistemas colectivos de garantías y de prevención, como respuesta del Derecho a las transformaciones tecnológicas.

2. EL DERECHO COMO MANIFESTACIÓN SOCIAL Y EL PROBLEMA DE LOS CONSUMIDORES

Hoy día, la doctrina acepta que el Derecho es algo más que “la norma” contenida en los cuerpos legales; este punto de vista no ignora la realidad de experiencia del comportamiento humano y, más aún, ya no es similar al saber matemático.

Podemos recordar las enseñanzas de Cueto Rúa, quien frente a la concepción clásica del Derecho expresa que “la concepción realista y existencial, lo ve como comportamiento humano social o interindividual. Tal visión resulta más rica, más ajustada, más fiel a la experiencia vivida por las partes, por los abogados y por el Juez, en el tratamiento y la solución de conflictos, diferencias y disputas”¹⁴.

12 Lambert-Faivre, Yvonne: *L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation*, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1987.

13 Podemos observar que la concepción de que el daño liga a dos individuos, autor y víctima individualizados, no se compadece con las cataratas de damnificados que se presentan en los daños tecnológicos o colectivos; Lambert-Faivre, Yvonne, ob. cit.

14 Cueto Rúa, Julio C.: *Derecho y realidad*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, vol. III, p. 17, 1989.

Nuestra tarea es examinar los actos humanos y predicar su significación jurídica, apoyándonos en valoraciones de justicia prevalecientes en la comunidad y en las normativas vigentes (legislativas, consuetudinarias, jurisprudenciales, doctrinarias).

Se realizan actos de “preferencia” en la selección de los hechos relevantes y en la selección normativa para adecuar una regla de carácter general al caso concreto.

Pero también hay que desoír los cantos de sirena, para no derrumbar el edificio entero porque los muebles sean viejos o tomar la actitud de creer que se desmorona todo porque se raja el revoque o se apolilla el parqué; es aprender a distinguir ciertas instituciones perennes de las históricas¹⁵.

En materia de responsabilidad civil, los desafíos de la sociedad y la convicción de que la víctima debe obtener una adecuada reparación demuestra, día a día, la importancia de lograr una adecuación del Derecho a los hechos.

Desde hace muchos años se habla de la importancia de la Justicia distributiva en los tiempos de crisis, de las soluciones heroicas, del ajuste de bienes comunes a personas particulares; aquí es aplicable lo que enseñaba Aristóteles del justo lugar en la comunidad.

En los supuestos que nos planeamos hay que rever todo el plexo axiológico integrado por los valores de orden, seguridad, poder, paz, cooperación y solidaridad, siempre pretendiendo realizar la Justicia, ya que éstos también presentan un polo negativo por exceso y por defecto (por ej., ritualismo y desorden); esto es, encontrar el justo medio.

Podemos señalar de una manera simplista que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar desde hace tiempo en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el

15 Rossi, Abelardo F.: *La justicia y el orden social*, p. 62, Ed. Idearium, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Mendoza, 1977. “Cuando ciertas instituciones o costumbres –en sí contingentes– han durado años, quizás siglos, nuestra pereza intelectual tiende a asignarles el carácter de inmutables y necesarias por naturaleza, y entonces, aquéllas se desgastan y comienza el proceso de su imprescindible sustitución, clamamos al cielo porque parece que se nos derrumba la sustancia misma del mundo y de la vida”.

área de la responsabilidad, asimismo, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional y el Derecho Procesal también se ocupan de la protección de los intereses de los consumidores, y hoy goza de plena autonomía conceptual y jurídica a punto tal que el tema se ha convertido desde hace tiempo en uno de los más populares del momento¹⁶.

Con la denominación de “consumidores” se referencia hoy a una categoría de sujetos que han pugnado por el reconocimiento de sus derechos sociales y económicos, como antaño lo hicieron los trabajadores.

Hoy se tiende a proteger a los consumidores de los empresarios que elaboran y ponen en circulación bienes para el consumo, o realizan contratos con éstos en los que se utilizan técnicas de pre-redacción.

Esto es importante, ya que reconocemos así la diversidad de fuerzas y la dependencia de los consumidores, quienes suelen tener un marco falso de la situación, la noción misma de consumidores implica una toma de posición¹⁷.

Actualmente el art1 de la ley 24240 reformado establece que se encuentran comprendidos las personas físicas o jurídicas que adquieran o utilicen bienes o servicios como destinatario final o de su grupo familiar o social como así también quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes como destinatario final y se excluye a quien de cualquier manera esta expuesto a una relación de consumo (este sujeto expuesto fue suprimido por la ley que sanciona el CCC).

En la redacción se aclara además que la adquisición puede ser en forma gratuita u onerosa A nivel internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo y de declaraciones y directivas que marcan las pautas más sobresalientes de esto que se ha

16 En materia de leyes podemos citar las leyes de Consumidores de Brasil, España y Argentina y constitucionalmente en nuestro país de incorporo en 1994 en el art 42 y a nivel internacional existen numerosos instrumentos

17 En la Argentina, este sistema normativo no existía antes de la 24.440 de manera orgánica, pero se infería de una serie de disposiciones entre las que encontrábamos las leyes de defensa de la competencia (22.262), de lealtad comercial (22.802), de medicamentos (16.643), de abastecimiento (20.680), entre otras.

denominado “derecho del consumo”¹⁸. En la Argentina el tema ha sido afanosamente estudiado y objeto de encuentros científicos¹⁹.

Entre el catálogo de derechos que podemos sucintamente puntualizar, sin que implique una nómina taxativa, encontramos: 1) de ser informado; 2) de ser escuchado; 3) de peticionar colectivamente ante las autoridades; 4) de ser resarcido de los daños; 5) de educación; 6) de protección.

Los ataques a los que se puede estar sometido son múltiples y es esencial el reconocimiento de legitimación amplia a los grupos intermedios de defensa del consumidor, la actuación del Defensor del Pueblo, el Ministerio Público Fiscal y el propio damnificado para garantizar en definitiva la calidad de vida y evitar la continuidad de aquello que perjudica a la comunidad toda, y también que el Estado ejerza su rol como cabeza del poder de policía, y que la Justicia no sea una Justicia distante.

Debido a los supuestos dañosos y generados en la era pos-industrial, y sobre todo los que se producen al internarnos cada vez más en la era tecnológica y la insuficiencia de los límites tradicionales de la responsabilidad civil, para dar una entera satisfacción a los mismos se ha elaborado en desde hace tiempo en doctrina la noción del riesgo de actividad y se ha la consagrado en algunas legislaciones.

Para los que nos enrolamos en la teoría del riesgo creado, todo lo que se ha sostenido en cuanto a su fundamento ético al analizarse el tema de “riesgo de la cosa” es de aplicación a la problemática de las actividades riesgosas. Demostrándose, una vez más, los aciertos de tal postura, sobre todo en la época que imperaba el axioma de que “no hay responsabilidad sin culpa”²⁰.

18 Garrido, Roque Fortunato, y Andorno, Luis O.: *El art. 1113 del Código Civil*, p. 431, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983.

19 Tales como las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, en 1981; las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil de Punta del Este de 1986; las III Jornadas Bonaerenses; las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, de 1989, y las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros de 1989 por citar las mas antiguas, entre otras

Estos eventos han coincidido en la necesidad de garantizar la protección a los consumidores, y si bien se ha discutido el factor de atribución en la actualidad, la mayoría admitía el factor objetivo de atribución y la necesidad de instaurar un seguro obligatorio y un fondo de garantía.

20 Sobre los fundamentos en extenso de la teoría del riesgo, Garrido, Roque F.: *Responsabilidad objetiva y riesgo creado*, “J.A.”, semanario del 3/7/73, N° 4306.

Para Barassi, el resultado dañoso es imputable a “quien conoce y domina en general la fuente de riesgo; quien es el centro de organización de una empresa pues emplea personas, usa cosas muebles o inmuebles, o automotores, etc., y por este mismo hecho, debe esta persona cargar con las resultancias dañosas”²¹.

En nuestro Derecho, el factor de atribución es objetivo y no, como en Italia, un factor subjetivo, tema sumamente importante en cuanto a las causales de eximición de responsabilidad, ya que en el primer supuesto sólo cabe demostrar la ruptura del nexo causal.

En los Principios de Derecho Europeo de Daños se alude a la responsabilidad objetiva y al hablar de la responsabilidad se dice que una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño, incluso aunque emplee todo el cuidado debido en su ejercicio²². Es importante la noción de riesgo de daño que puede ser considerado significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo

El factor abarcaría los productos elaborados, la explotación nuclear, la contaminación ambiental, el uso de la informática y los que provengan de la aplicación de futuros conocimientos biológicos²³.

El tema apasiona hoy a la doctrina, que ve en ese factor la solución para los daños que se producen por el impacto tecnológico, pero la dificultad se corporiza cuando intentamos fijar los límites o contenidos.

La aparición de filosofías sociales que dieron lugar preeminente a la noción de solidaridad social ha llevado a la idea de que ciertos riesgos no deben ser dejados a cargo de los individuos, pues es necesario absorberlos en comunidad a fin de amortiguar de una mejor manera su incidencia.

21 Barassi, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, t. II, p. 504, Milano, 1948

22 Las actividades anormalmente peligrosas son tratadas en el Cap V y en el art 5 101 (2) El Proyecto de 1998 en su Art 1665 hablaba de Actividad especialmente peligrosa quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella por si o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera actividad especialmente peligrosa a la que por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves.

23 Messina de Estrella Gutiérrez, Nora, ob. cit.

Duguit expresaba que el hombre se sintió ser social, tuvo conciencia de su vida colectiva antes de poseer conciencia de su vida individual; que la ciudad originaria no fue otra cosa que una reunión de familias unidas por intereses comunes y que el detentador del poder público tiene más deberes que derechos, siendo el principal de ellos asegurar el orden y la paz²⁴.

En su criterio, se tiene un deber: el de no dificultar la actividad de los demás, y favorecer y ayudar en la medida de lo posible²⁵. Se impone tal o cual conducta al individuo porque si no se hiciera de ese modo la vida sería menoscabada desde su principio mismo, la sociedad se disgregaría y hasta el individuo mismo acabaría por desaparecer.

Los “riesgos sociales” abarcan una actividad colectiva, daños de origen anónimo o un hecho exterior al hombre, han sido detenidamente estudiados en el Derecho Civil francés por Geneviève Viney²⁶.

La intervención creciente del Estado en la vida económica y social ha puesto en evidencia el rol que le corresponde a la colectividad nacional en lo que concierne a la protección de los ciudadanos contra los riesgos que los amenazan en sus intereses esenciales.

Señala la citada autora que a fin de paliar la insuficiencia de la responsabilidad individual en su función reparadora, ha aparecido como necesario el hecho de tener que recurrir a procedimientos de indemnizaciones

24 Duguit, León: *Soberanía y libertad*, traducción de José G. Acuña, ps. 15 y ss., Ed. Nueva Biblioteca Filosófica Tor, Buenos Aires, 1943.

De la Guardia, Ernesto: Prólogo al libro *El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado*, de Martha N. Oliveros, Ed. Depalma, Bs. As., 1988. “Inspirándose en Duguit, Scelle y Anzilotti, la autora fundamenta tal responsabilidad en el principio de la igualdad de los habitantes ante las cargas públicas, en la teoría del riesgo estatal (no muy diferente del riesgo patronal o del riesgo empresario), y finalmente en la teoría de la responsabilidad objetiva, basada en la relación causa-efecto y no en los conceptos de culpa o ilicitud. El Estado –continúa la autora– debe asegurar a su población tres elementos integrantes del bien común: tranquilidad (orden), justicia, y abundancia (progreso vital), y si se muestra incapaz de ello se hace responsable ante sus súbditos por su mala administración en los asuntos públicos”.

25 Duguit, León, ob. cit., p. 89. Podemos coronar estas ideas con sus pensamientos: “Así, en el concepto solidarista, la idea de libertad derecho desaparece para dejar lugar a la idea de libertad deber, de libertad función social” (p. 90).

26 Viney, Geneviève: *Traité de Droit Civil. Les obligations. La responsabilité*, París, 1982. Pueden consultarse las páginas 33 y ss., 55 y ss., 80 y ss., 146 y ss., pero en realidad surge del tratamiento global que realiza en la obra.

diversas, cuyo punto común consiste en una socialización directa de la reparación sin necesidad de designar un individuo como responsable.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS. NUEVOS PERFILES DEL DAÑO – LOS DAÑOS COLECTIVOS. LOS DAÑOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

En la sociedad de nuestros días, masificada, con grandes manifestaciones, en muchos casos dañosas, se presentan nuevas formas peligrosas y nuevas expresiones de ilicitud y en tal realidad tendremos también una nueva víctima de tipo plural, que será la de los grupos o comunidades cuya integridad física es objeto de agresión y de desinformación del público respecto de ciertos peligros o cualidades de los productos que se adquieren para su uso diario, etc.

Estos acontecimientos hacen que debamos replantearnos el panorama de la responsabilidad civil, configurando el moderno Derecho de Daños, el aspecto preventivo, el problema procesal del acceso a la justicia y, por supuesto, el tema de la reparación.

Es necesario que recordemos que al hablar de los “bienes colectivos” parecería que el ciclo estaría volviendo a los orígenes pretorianos romanos, se analiza el fin del Derecho y su función social y se lo ve como una multitud de lazos que engendran ventajas y cargas a múltiples destinatarios²⁷.

Ya hemos visto que la orientación moderna recepta intereses más amplios que los intereses individuales y comprende, o va comprendiendo paulatinamente, a la colectividad que está sujeta a violaciones en masa debido a los riesgos propios de los tiempos actuales, y va protegiendo a estos intereses que son también atendibles.

27 Garrido Cordobera, L M R, *Comentario al art 14 en Código Civil Comercial Comentado* Dtor Bueres Ed Hamburabi 2016

— *Derechos Individuales y de Incidencia Colectiva*, LL 10/2/15

Casahuga, Antoni: *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Ed. Ariel-Economía, Barcelona, 1985; Quiroga Lavié, Humberto: *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, 1985

Debemos recordar que al respecto, Morello y Stiglitz señalan que a los derechos humanos podemos sistematizarlos en tres grupos:

- a) los que reconocen y tutelan la integridad física y moral del individuo;
- b) los que garantizan su libre actuación;
- c) los que promueven una ordenación justa de las relaciones sociales de integridad y libertad.

Recalcan estos tratadistas algo sumamente importante, “Que el derecho a la vida, catalogado tradicionalmente entre los derechos civiles, se enlaza con el derecho a un nivel de vida adecuado, con el derecho a la salud y a la protección de la salud, con el derecho a la seguridad social y a otros que se consideran como pertenecientes al campo de los económicos y sociales, pero que en realidad están destinados a proteger la vida, la salud, en su integridad²⁸.

Es sumamente claro el concepto vertido precedentemente, que compartimos, y que nos permite plantear el tema de la reparación de los daños colectivos ligándolo al tema de la calidad de vida que debe asegurarse a toda comunidad.

28 Morello, Augusto Mario, y Stiglitz, Gabriel A.: “El valor de la vida humana como costo de garantía colectiva para la prevención del daño a la persona”, en Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Septiembre de 1984.

Debemos recalcar las ideas vertidas en las conclusiones que muestran el compromiso asumido por los autores, posición que compartimos. Estas reflexiones son las siguientes:

- “1) Son cada vez más intensos y complejos los riesgos y peligros potenciales en que se encuentra sitiada la actividad del hombre, cruzado por situaciones lesivas que afectan, lesionan o destruyen los atributos esenciales de la persona.
- “2) Hay como una ametrallante sucesión de factores externos agresivos y de redoblada potencia destructiva, que conspiran contra la intangibilidad del Derecho fundamental que toda persona tiene a que se respete su vida y a que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.
- “3) Las normas del derecho de la responsabilidad civil deben apuntar mancomunadamente a partir del derecho constitucional e interrelacionado con los derechos administrativo y procesal, a una férrea y enérgica elaboración de principios y reglas destinadas a preservar la vida desde una perspectiva marcadamente positiva, en tanto es éste el bien más esencial a salvaguardar.
- “4) El factor preferente y dominante de lo social, se enlaza con la vigencia de la solidaridad. Ello conlleva a un tratamiento que se distancia de las clásicas justificaciones que en la praxis determinaban el resarcimiento pleno, íntegro y como finalización de un proceso de conocimiento. Importa ahora mucho más el hallazgo de soluciones preventivas que aunque recorten la dimensión totalizadora del resarcimiento, conjugue en cambio los riesgos de la dinámica social, los avances de la ciencia, los logros de la técnica, la administración del progreso, sin olvidar la raíz primigenia de lo humano, sin lo cual la dignidad y la libertad quedarían definitivamente ahogadas”.

El derecho a la vida se resguarda en una “sucesión de corazas” que lo preserva de las vicisitudes que atrapan a la persona, “situada y sitiada”; estas facetas serían el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y al respeto del patrimonio común de la sociedad.

La responsabilidad civil o derecho de daños debe tender también prioritariamente a la prevención y cesación de los daños colectivos; recordemos que se debe tratar de lograr la realización de los principios de justicia y solidaridad social.

También se debe tratar de mantener el orden, la paz y la seguridad, alejando de la colectividad situaciones dañosas que son producto de actividades o conductas desequilibrantes de la convivencia pacífica.

La protección del Derecho no se brinda ahora solamente al interés legítimo y al Derecho subjetivo, sino que se ve que algunos fenómenos de la vida colectiva ponen hoy en juego típicos intereses supraindividuales o colectivos, a los que debe dárseles atención, ya que –con palabras de Morello– son incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección.

También, en tal sentido, entendemos que al analizar el tema del “daño colectivo” tendremos un gran marco de fenómenos en los cuales se encuadra el derecho de los consumidores, la cuestión del riesgo de desarrollo y los productos elaborados, las vías de comunicación y su estado de conservación, etc.

Las concepciones jurídicas que intentan ser superadas tienen su centro en una noción individual, y por lo tanto ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Se exige un cambio de enfoque: lo nuestro también debe ser protegido; esto antes quedaba, prioritariamente, en el ámbito del Derecho Público, y el Derecho Privado sólo se ocupaba de los daños individuales²⁹.

29 La gran cuestión es hoy la de saber si el Derecho Civil o Derecho común, que es el derecho básico, puede permanecer incólume frente a estos tipos de daños colectivos.

Entendemos que el Derecho de Daños debe intentar brindarnos una respuesta traspasando la óptica meramente del Derecho Privado.

El núcleo se encuentra en el daño injustamente sufrido y debe protegerse tanto el interés individual como los intereses colectivo y social; de ser necesario deben *aggiornarse* las normas existentes y se debe estructurar adecuadamente el sistema para poder lograr tanto la prevención como la reparación de este nuevo tipo de daños.

Estos intereses de conjunto son denominados indistintamente como “difusos”, “supraindividuales” o “colectivos”, y también se alude a ellos como “derechos públicos subjetivos” y se los llamaba “derechos debilitados”; son, éstos, términos que están en constante evolución y diferenciación, pero que suelen usarse comúnmente de una manera indistinta. Tanto el Derecho Público como el Derecho Privado se ocupan del tema, captando que por encima del individuo existen los grupos y la comunidad, cuyos intereses también son dignos de protección³⁰.

Esta pugna de los derechos sociales de todos aquellos que conformamos el anónimo y desposeído ser de la masa social se corona al reconocerles la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello han recorrido una larga e histórica lucha³¹.

Esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del Derecho y, por consiguiente, la reestructuración del Derecho de Daños pues irrumpe una nueva categoría de daños y de damnificados.

El equilibrio dinámico exige dar respuesta a los planteos de la sociedad, activar o movilizar el bienestar general y los postulados genéticos de la Constitución Nacional; esa libertad de los individuos y de la sociedad

30 Garrido Cordobera, ob cit, Quiroga Lavié: ob. cit.; Cassagne, Juan: *Derecho Administrativo*, t. 2, p. 133, y en *Cuestiones de derecho administrativo*, p. 257, Depalma, 1987; Laquis, Manuel: *El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, “Rev. Jurídica de Buenos Aires”, t. II-III, 1986; Morello: *La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*, “J.A.”, p. 321, 1978, vol. III; Marienhoff, Miguel: *Delfines o toninas o acción popular*, “E.D.”, t. 105, p. 244; Grecco, Carlos M., *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial*, “L.L.”, t. 1984 B, p. 868; Morello y Stiglitz, *Tutela procesal en los derechos personalísimos e intereses colectivos*, cap. XI, Ed. Platense, 1986; Cano Guillermo: *Derecho, política y administración ambientales*, ps. 102 y ss., Ed. Depalma, 1978, entre otros, por citar algunos trabajos.

31 Quiroga Lavié: ob. cit., ps. 2 y ss. Reseña la evolución desde el Derecho Romano, las ideas de Ihering, haciendo hincapié en las escuelas alemana, francesa, italiana y española, sintetizando las opiniones de autores como Jellinek, Hauriou, Zanobini,, García de Entrerría, entre otros.

se contraponen con el poder otorgado a los órganos del Estado y plantea el arduo tema de la discrecionalidad administrativa.

Se tiende a valorar las necesidades de lo colectivo, es darle a lo “público” el carácter de práctico que no siempre se le ha reconocido, y es así que vamos a encontrar “los derechos de la tercera generación” que comprenden el derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y equilibrado, en síntesis, a la calidad de vida dentro de los derechos humanos³².

El tema que nos ocupa presenta diferentes cuestiones, desde las conceptuales o terminológicas, de contenidos, hasta la instrumental o procesal.

La Constitución Nacional Argentina reformada en 1994 establece su tutela mediante los artículos 41 referido a la cuestión ambiental, el art 42 referido a los consumidores y el 43 el amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva³³.

32 La inserción dentro de los derechos humanos cuenta hoy con gran prédica a nivel internacional y se los ha denominado de tercera generación, y se fundan en la solidaridad, mientras que los de primera y segunda generación lo hacen en las ideas de atributo y facultad de exigir.

Se caracterizan por combinar ambos elementos ya que requieren un no hacer de la autoridad a efectos de no inhibir su libre ejercicio, pero necesitan también de un hacer estatal (políticas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, etc.), pero exigen también una acción de la comunidad internacional; esto es, un planteo inédito.

En tal sentido se expresa Héctor Gross Espiell, en *Estudios sobre derechos humanos*, al señalar que estos derechos son esencialmente derechos en proceso de elaboración y reconocimiento, y responden a realidades objetivas de nuestra época, y que su tipificación es la consecuencia de las necesidades fundamentales de hoy (autor y ob. cit., ps. 139 y ss.).

33 Art 41 CN “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generara prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las Provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos.

Art 42 “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud seguridad e intereses económicos a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Esto se debe en gran medida a “las fuerzas impulsoras”, en la terminología de Curt Lewin, ya que en la sociedad se reconoce la existencia de fuerzas organizacionales que tienden a provocar cambios en el sistema.

En tal sentido recordemos la comunicación de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de nuestro profesor de Derecho Administrativo, Gustavo A. Revidatti, quien recalcará que la problemática de los intereses difusos surge como consecuencia de profundos cambios de índole social que parecen rebasar las estructuras tradicionales del derecho individualista clásico³⁴.

El interés se nos presenta como una facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de sus necesidades, tendiendo a la consecución de bienes jurídicos, pero no todos los intereses particulares están protegidos por los ordenamientos jurídicos. Estaremos ante un interés legítimo cuando la ley confiere a su titular la posibilidad de actuar para exigir su satisfacción, y ante un derecho

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención u solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas en los organismos de control”.

Art 43 “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer información y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas hábeas podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

34 Revidatti, Gustavo Adolfo: *Los intereses difusos, comunicación ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, cuando su incorporación (separata).

subjetivo cuando el interés aparece otorgado por ley en beneficio directo y exclusivo de su titular.

Fuera de estas categorías, la doctrina siempre ha reconocido la existencia de otros intereses a veces privados de protección porque el Derecho no asume una posición tuitiva respecto de ellos; son los intereses de hecho, pero no todos son extraños al ordenamiento jurídico ya que éste los protege en forma global y aquéllos configurarían los intereses simples.

Los intereses colectivos serían entonces los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa, de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultáneamente y globalmente a la comunidad.

Preferimos hablar de interés colectivo ya que el derecho afectado es social, y aunque existan intereses individuales también comprometidos, esto no varía la naturaleza de la lesión; reconocemos que en nuestra formación han influido notablemente las enseñanzas de la Escuela de La Plata liderada por Augusto M. Morello³⁵.

La tutela jurisdiccional de los derechos que nos ocupan ha experimentado en el Derecho Comparado diversos sistemas, entre los que podemos mencionar: el ombudsman, la actuación del Ministerio público, las acciones populares (Estados Unidos, Canadá, Australia), las acciones de clase, las acciones grupales derivadas, las acciones públicas delegadas.

Estos derechos colectivos, como derechos de la sociedad en nuestro sistema, siempre encontraron apoyo en nuestra Constitución, el Preám-

35 Además de las legislaciones mencionadas, existió en el Congreso Nacional el Proyecto Morello-Stiglitz sobre intereses difusos, que preveía una extensión de los efectos del amparo al conjunto de los miembros de las agrupaciones legitimadas para obrar, guiados por un criterio pragmático, estableciéndose la acción de protección y también un tipo abierto de manifestaciones dañosas, su reparación y un fondo de garantía. El proyecto establecía la protección de los intereses difusos a fin de salvaguardar la calidad de vida social, por hechos u omisiones, que los lesionen, priven, perturben o amenacen; abarca la acción de protección para la prevención y la reparación; son sujetos pasivos las personas privadas, el Estado y demás personas jurídicas públicas; la creación de la procuraduría de los intereses colectivos; la creación de un Fondo de Garantía, la publicidad de la demanda, cosa juzgada respecto a todos los miembros del grupo, facultad del juez de establecer la reserva de revisión de la condena indemnizatoria por un lapso de 2 años en determinadas circunstancias y la posibilidad de establecer sanciones.

bulo (“...promover el bienestar general...”), en el art. 33, en cuya fundamentación, Mitre, en la Convención Constituyente de 1860, manifestó que el Derecho moderno no sólo legisla para el individuo, sino para el pueblo como entidad colectiva, y tiende al cumplimiento del desarrollo del proyecto social consagrado en las leyes para lograr esa dignidad de la calidad de vida y en las normas incorporadas por la Reforma Constitucional y es por todo esto que hemos sostenido siempre la existencia de estos derechos como estables y ciertos, y les reconocemos la necesidad de ser amparados efectivamente por los mecanismos judiciales aun antes de la ley 24.440 y de la reforma constitucional.

El CCC contempla en su Art. 14 los Derechos individuales y de incidencia colectiva. “En este Código se reconocen: a) derechos individuales. b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Reformando el texto propuesto que decía lo siguiente: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

El daño injustamente sufrido se ha convertido en el núcleo fundamental del nuevo sistema de responsabilidad civil, pero este daño se redimensiona, ya que no sólo se considera el menoscabo de un derecho subjetivo o de un interés individual, sino que se amplía hasta abarcar los intereses sociales. En la actualidad la masificación y propagación de los peligros, su carácter difuso, exigen este cambio de enfoque y justifica la aceptación de la existencia con rango propio de los “daños colectivos”.

La diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio según que una lesión dé origen a un daño resarcible en el sentido clásico o a un daño colectivo, pues el perjuicio es más disperso o difuso; pero el hecho de tener esta característica no implica que no sean concretos o perceptibles jurídicamente, sino que el goce se esparce entre los miembros de un grupo o comunidad.

Los daños colectivos inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. Pero el daño colectivo no surge de la simple suma de daños individuales, presenta una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión.

Matilde M. Zavala de González, coincidente, recalca que hay que superar la visión analítica y separadora que colocaba a los sujetos en comportamientos jurídicos estancos, ya que los intereses no son exclusivos ni excluyentes en relación con los individuos, sino compartidos y convergentes dentro de un conjunto (comunidades y grupos)³⁶.

El proceso de masificación se correlaciona con la automatización y la mecanización y con la aparición de una serie de actividades riesgosas que obligó a los juristas a hablar de ese nuevo derecho que se denominó “derecho de accidente”.

Ya hemos dicho que los nuevos fenómenos sociales se nos presentan ligados a la aglomeración y que esto se va a traducir en el plano de la ilicitud, y también habíamos señalado que el ensanchamiento va a complicar la acreditación de la autoría individual.

Ligado a esa captación de los riesgos sociales y a la solidaridad como una idea directriz en el Derecho de Daños, es que se transita de una responsabilidad individual a una responsabilidad colectiva.

Los daños sufridos colectivamente muestran presencia en aquellos daños que impactan el medio ambiente, los daños nucleares, los vicios de

36 Zavala de González, Matilde M.: *El daño colectivo*, en *Derecho de Daños*, p. 437, Ed. La Rocca, 1989

los productos de consumo, ciertos hechos violentos y otras tantas manifestaciones que atañen por igual a todos los miembros de la comunidad o a determinados grupos de una manera indistinta.

Los destinatarios del peligro ya no son las personas en forma aislada, sino categorías o clases ligadas por algunas circunstancias que las hacen víctimas de ese tipo de daño.

Como ya lo hemos planteado, el reconocer la variación de la sociedad y sus modernas características requiere un nuevo prisma jurídico que permita comprender que la producción del daño puede tener ese carácter colectivo o difuso, y que existen perjuicios intrínsecamente colectivos o difusos³⁷.

Es por ello que defendemos la acentuación de lo social en materia de Derecho de Daños y aceptamos el factor colectivo en el origen del daño y también en su resultado, cual es el daño causado y sufrido colectivamente.

Entendemos que todos estos fenómenos de la era en que vivimos, que atacan a la sociedad, plantean la cuestión, del concepto de Bienestar General garantizado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

Se presentan como características ligadas a los daños colectivos la necesidad de dar soluciones flexibles en el reconocimiento de la legitimación activa, la mayor acentuación de la faz preventiva y la socialización de las garantías.

Aceptando la existencia de los daños colectivos, deberemos analizar cuál será el mejor sistema para la reparación; asimismo, si ésta debe ser limitada, o no, y quién o quiénes serán los sujetos obligados a reparar sobre todo al ligar el tema a los derechos del consumidor.

No podemos soslayar nuestra crítica a la incongruencia de proteger en el proyecto los intereses o derechos colectivos y suprimir su regulación específica de la Responsabilidad, en la Sec. 5 denominada origi-

37 Garrido Cordobera, Lidia María Rosa: Propuesta del tema de tesis, 1984. Plan de Investigación del Instituto Ambrosio L. Gioja, 1985. D E-008 de Universidad de Buenos Aires.

nalmente Daños a los derechos de incidencia colectiva (artículos 1745 a 1778 inclusive), al menos debería haberse regulado los alcances de la afectación y la reparación del daño a dichos intereses colectivos (el art 1745 lo establecía junto a los legitimados para accionar) conforme a la modificación bipartita realizada que excluye a los derechos individuales homogéneos y también a no haber establecido una norma específica en materia de reparación de daños al consumidor de este tipo.

4. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DERECHO DE DAÑOS EN MATERIA DE CONSUMO

Esta evolución, para ciertos autores como Morello, Mosset Iturraspe, por citar algunos, cuyas posiciones compartimos, parece ser el devenir de la problemática del responder, para el situarnos en la real protección a las víctimas de los daños en materia de consumo, estableciendo tipologías e institutos propios como el daño directo, los daños punitivos y resarcimientos de riesgo de desarrollo.

Si bien nuestra doctrina es partidaria de las coberturas asegurativas propias de los sistemas que proponemos, habla peyorativamente del sistema de fondos, pues en él confluyen normas de Derecho Público y de Derecho Civil, y en este sistema la víctima es el rey, y el daño, prácticamente, lo único que debe acreditarse.

Su finalidad es que no queden daños sin ser distribuidos y ser soporados por quien tenga mayor capacidad de absorberlos, se niega que el daño sea un castigo divino o un azar del destino, se busca aquello que falló en la organización social, y uno de los fundamentos es el de la igualdad ante las cargas públicas.

La cobertura del daño suele, por razones prácticas o económicas de coyuntura, no dar lugar a una reparación integral, pero la reparación integral de la víctima es el principio rector del Derecho de Daños³⁸.

Suelen puntualizarse como funciones de este sistema:

38 Pueden consultarse las Jornadas en Homenaje a Brebbia, a Mosset Iturraspe, y las declaraciones de los últimos encuentros civilistas.

- A) Ser instrumento de regulación social; esto se manifiesta mediante la prevención de comportamientos antisociales, la distribución de la carga de los daños y la garantía de los derechos de los ciudadanos a su indemnidad y la de sus bienes.
- B) Lograr la indemnización a las víctimas mediante la ampliación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, ampliación de las legitimaciones activas y pasivas, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud, y la protección, como ya vimos, en el tema contractual.

En la actualidad se habla también de la función punitiva aunque fuese suprimida del texto aprobado del CCC y con respecto al instituto de los daños punitivos el proyecto de 1998 lo preveía expresamente bajo el nombre de multa civil en su art 1587 y la ley 26361 que reforma la Ley de Consumidor lo establece en su art 52 bis a instancia del damnificado y a favor del consumidor pero limitándolo a un máximo de 5 millones extremo que consideramos criticable y hasta pasible de ser considerado inconstitucional en el caso concreto.

Todo esto permite dar como características de la configuración actual de la evolución del Derecho de Daños, las siguientes: un aumento en lo atinente a los daños resarcibles, pues se resarcen perjuicios como los provenientes de los llamados “daños tecnológicos y colectivos.

5. 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. - QUE ESTAMOS DISPUESTOS A PAGAR O SUFRIR POR EL DESARROLLO?

Solemos recordar y decir en nuestros trabajos que el avance de la ciencia nos enfrentó 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.³⁹.

39 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

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 Díez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico⁴⁰.

Vemos que pese al haber transcurrido varios años aún 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 desarrollo⁴¹.

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 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 constituciones⁴².

Partimos del 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

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.

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

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

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

y Ulrich⁴³, 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 diabetes⁴⁴ y destaca como hitos entre otras: la hormona de crecimiento, el interferon, la talasemina, las vacunas génicas, el reciclaje de aguas, la utilización de tierras y agregamos los transgénicos⁴⁵ y los dispositivos nanotecnológicos⁴⁶.

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 ejemplo⁴⁷.

Comentando la situación de contagio de HIV en Francia Lambert Fiebre reseña que el 12 de abril de 1995 la Corte de Casación, Sala 1^a 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

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

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

45 Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgénicos en Europa*, RCyS E 2008.

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

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

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”⁴⁸.

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 del 31 de diciembre de 1991 se creó un fondo de garantía específico para indemnizar las víctimas de transfusiones sanguíneas contaminadas por el HIV⁴⁹.

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 cáncer⁵⁰, 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 más 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

48 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.

49 Seuba Torrealba, Joan *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, pág. 362 Ed. Civitas 2002.

50 Este producto fue retirado del mercado en 1971 y como había sido producido por cientos de fabricantes se planteó el problema de la relación de causalidad y llevo a la creación de la teoría del Market Share.

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 derecho⁵¹.

Pero recordemos que toda actividad conlleva riesgos y que el riesgo 0 (cero) es una utopía, 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 ha 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 Cadwell, 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 legales⁵².

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 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, cuando se habla de desarrollo sustentable o sostenible se hace referencia al avance de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en límites armónicos con la preservación de la calidad de vida⁵³.

Podemos decir, que puede conceptualizarse el “riesgo de desarrollo”, de un modo técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un produc-

51 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

52 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.

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

to 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 producto⁵⁴.

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 producto⁵⁵.

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 trate⁵⁶.

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 defectuoso⁵⁷.

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 pro-

54 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.

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

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

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

ducto y según Fagnart la expresión acuñada es desafortunada ya que el desarrollo de la ciencia lejos de constituir un riesgo, permite eliminarlos⁵⁸.

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 consumo⁵⁹.

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 de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad⁶⁰.

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 dañino⁶¹.

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

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

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

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

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

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”⁶².

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 supuestos⁶³.

Volviendo una vez más 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 derecho⁶⁴.

Creemos que esta cuestión interesa al Derecho, por los daños irreversibles y masivos que produce y que nos enfrenta a un problema ético

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

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

64 Prieto Molinero, Ramiro-, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pág 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.

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 Garantía⁶⁵.

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 está zanjada⁶⁶.

El tema se polariza aún 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 confuso⁶⁷.

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 mayor⁶⁸.

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

66 Garrido Cordobera, Lidia M R , *Los daños colectivos-prospectiva general*, Ed Javeriana 2009.
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.

67 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).

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

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 sociedad⁶⁹.

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 ínsitos 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 fabricante⁷⁰.

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 empresario⁷¹.

69 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.

70 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.

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

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 adecuada⁷².

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 dañosidad⁷³.

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”⁷⁴.

Prieto Molinero centra su argumentación en la inexorabilidad, “sucede algo que va más 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 límite invencible de el saber de su tiempo y que tanto este como el consumidor, son prisioneros de su tiempo,

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

Pero, no podrá ser meritudo 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.

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

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

además de considerar que el fabricante no cuenta con los medios reales para intervenir y evitar el resultado dañoso⁷⁵.

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.

Decíamos que en el sistema argentino anterior 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 el Mercado.

Los factores de atribución de responsabilidad por “riesgo de desarrollo” son objetivos y no subjetivos, no creemos que por ser diversos

75 Prieto Molinero, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto*, pág. 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”.

(garantía, riesgo y falta de servicio) pueda hablarse de confusión sino de diversas hipótesis o casos.

Sosteníamos y lo seguimos haciendo 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 descendencia⁷⁶.

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 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 reparación⁷⁷.

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.

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

77 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”.

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 desarrollo⁷⁸.

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 plazo⁷⁹.

El principio de precaución⁸⁰ es un término bastante difícil de definir, sin embargo se lo puede conceputar 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 antes⁸¹.

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

78 Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborado*, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Ira T. IV pág. 492.

79 Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.

80 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 está frente a un riesgo actual.

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

la comercialización por razones de precaución podría llevar al fin de la puesta en circulación de productos innovadores⁸².

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 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.

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 verá atrapado por las normas del Art 42 CN, LDC, las leyes ambientales y el CCC, tanto en su Título preliminar como en el específico donde se trata la cuestión de responsabilidad en el Título V; Capítulo 1.

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

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

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 tenía 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, serían aplicables, en el siguiente orden de prelación primero 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 aún 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 seria 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 porque 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 presentó 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 críticas sobre el sistema plasmado y nuestra creencia de que el mismo es inconstitucional

Veamos ahora un tema específico 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 aún más 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.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Consideramos que la realidad que nos circunda, con acontecimientos de tamaña magnitud como los que hemos enunciado, demuestra una pugna cotidiana de ciertos intereses y daños que nos enfrentan a un constante replanteo ante el cual el Derecho no puede cerrar los ojos, y cuyo criterio clásico de responsabilidad civil no contemplamos que el derecho a no ser dañado y el derecho al resarcimiento constituyen el principio general reconocido, de carácter constitucional como así también la tutela de los intereses colectivos y en el caso que nos ocupa el de los consumidores.

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 CCC, con la normativa ambiental y la Ley de Protección al Consumidor, y con la globalización 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.

Como consideramos que el Derecho de Daños no debe permanecer incólume ante estas situaciones dañosas, y reconociendo que confluyen normas de Derecho Público y de Derecho Privado, nos hemos planteado, inspirados en un criterio sistémico, la cuestión central de los daños colectivos.

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros y su carácter difuso o colectivo exigen este cambio de enfoque y justifican la aceptación con rango propio de este tipo de daños.

Rescatamos que los daños colectivos inciden sobre la colectividad propiamente dicha y que los sujetos dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad.

Finalmente, y como reflexión, consideramos que los intereses colectivos plantean hoy en nuestra sociedad el tema de la responsabilidad de los jueces, como lo señala Mauro Cappelletti, y del mismo Estado.

Será ardua la polémica, sobre todo para los que sostenemos el enfoque sistémico e interdisciplinario e intentamos traspasar los cotos inexpugnables de las diferentes ramas del Derecho para centrar en el Derecho de Daños la cuestión de la reparación y también la prevención.

Hoy, esta cuestión, lejos de estar concluida, despierta el apasionamiento de todos los que hemos abrazado el compromiso de darle al Derecho la cuota solidaria que la comunidad reclama, y de establecer la protección a las víctimas ante los ataques incesantes de la sociedad masificada y tecnológica.

Este problema que nos ha ocupado demuestra la intersección de dos grandes derechos por ser simples en el modo de plantearlo el de daños y del Consumidor, pero en realidad comprometen a temas de filosofía, constitucional, derechos humanos y de política legislativa.

El modo de regularlo, no cubriéndolo o aceptando la excepción del avance de la ciencia implica un concepto de desarrollo que no compartimos y podrá hacerse al estilo de la Directiva Europea o en una ley destinada específicamente, o insertar y regular su solución dentro del CCC o la ley de Consumidor, nosotros seguimos sosteniendo que en virtud de los derechos a un desarrollo sustentable y a los principios de no dañar, *pro homine* y de progresividad debería plasmarse el derecho a la reparación de estos daños y hasta analizar el tema de la imprescriptibilidad de estos daños.

BIBLIOGRAFÍA

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

Barassi, L.: *La teoria generale delle obbligazioni*, t. II,, Milano, 1948.

Bello Janeiro, Domingo, *Tratamiento de los transgénicos en Europa*, RCyS E 2008.

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

Cano Guillermo: *Derecho, política y administración ambientales.*, Ed. Depalma, 1978.

Cassagne, Juan: *Derecho Administrativo*, t. 2.

- _____, *Cuestiones de derecho administrativo*, Depalma, 1987.
- Casahuga, Antoni: *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Ed. Ariel-Economía, Barcelona, 1985.
- Cozzi, Eugenio H- *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil*, Ed. Ad Hoc, Monografías Derecho civil, 2005.
- Cueto Rúa, Julio C.: *Derecho y realidad*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, vol. III, 1989.
- De la Guardia, Ernesto: Prólogo al libro *El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado*, de Martha N. Oliveros, Ed. Depalma, Bs. As., 1988.
- Diez-Picazo, Luis: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado.*, Edit. Civitas, España.
- Duguit, León: *Soberanía y libertad*, traducción de José G. Acuña Ed. Nueva Biblioteca Filosófica Tor. Buenos Aires, 1943.
- Garrido, Roque F.: *Responsabilidad objetiva y riesgo creado*, “J.A.”, semanario del 3/7/73, N° 4306.
- Garrido, Roque Fortunato, y Andorno, Luis O.: *El art. 1113 del Código Civil*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983.
- Garrido Cordobera, Lidia M R, *Daños colectivos y la reparación*, Ed. Universidad, 1993.
- _____, *Los daños colectivos – prospectiva general*, Ed Javeriana 2010.
- _____, *Riesgos del desarrollo en el Derecho de Daños*, Ed Astrea, 2016.
- _____, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en
- _____, *Responsabilidad civil en Hom a Francois Chabas*, Ed Rubinzal Culzoni.
- _____, *Comentario al art 14 en Código Civil Comercial Comentado Dtor Bueres* Ed Hamburabi 2016.
- _____, *Derechos Individuales y de Incidencia Colectiva*, LL 10/2/15.
- _____, *Los daños en la sociedad actual, en El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Alterini- Nicolau, Ed La Ley 2005.

- , *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.
- 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).
- Garrido Cordobera, Lidia M R - Busto Lago, Manuel, *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010.
- Garrido Cordobera, Lidia M R- Kunz, Ana *El derecho de daños frente a las innovaciones científicas y tecnológicas* LL Actualidad del 15/08/2006.
- , *El derecho de daños y la sociología ante las innovaciones tecnológicas*, LL Actualidad 2005.
- Goldenberg, Isidoro: Ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989.
- Goldemberg Isidoro, López Cabana Roberto M, *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA 1990, I, 917.
- Goldenberg, Isidoro y Caferata, Néstor, *Responsabilidad por productos elaborado*, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, Ira T. IV La Ley 2005.
- Grand Ruiz, Beatriz Hilda: *El tiempo en la Edad Contemporánea*, vols. I y II, Ed. Clepsidra, Bs. As., 1989.
- Grecco, Carlos M., *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial*, “L.L.”, t. 1984 B, 868;
- Herrera de las Heras, Ramón, *La responsabilidad de los daños producidos por la biotecnología*, Ed Reus, 2007.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Determinación de la filiación del clonado*, en JA 2001, n12.
- Laquis, Manuel: *El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, “Rev. Jurídica de Buenos Aires”, t. II-III, 1986.
- 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.

- , *L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation*, "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1987.
- Marienhoff, Miguel: *Delfines o toninas o acción popular*, "E.D.", t. 105.
- Messina de Estrella Gutiérrez, Nora *Riesgo de empresa*, Lexis Nexis, 2004.
- Morello Mario A: *La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*, "J.A.", 1978, vol. III.
- Morello M A y Stiglitz Gabriel; *Tutela procesal en los derechos personalísimos e intereses colectivos*, Ed. Platense, 1986.
- , El valor de la vida humana como costo de garantía colectiva para la prevención del daño a la persona", en Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Septiembre de 1984.
- Ortega y Gasset, José: *La rebelión de las masas*, Ed. Hyspamérica, Bs. As., 1984.
- Parra Lucan, Ma Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Ed. Bosch 1990.
- Prieto Molinero, Ramiro, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por producto* Ed. Dickinson, Madrid 2005.
- Quiroga Lavié, Humberto: *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, 1985.
- Revidati, Gustavo Adolfo: *Los intereses difusos, comunicación ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, cuando su incorporación (separata).
- Rivera, Julio César: *Derecho Civil, Parte General*, t. 1, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987.
- Rossi, Abelardo F.: *La justicia y el orden social*, Ed. Idearium, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Mendoza, 1977.
- Salvador Coderch, Pablo, Sole Feliu, Joseph, *Brujos y aprendices- Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* Ed. Marcial Pons 1999.
- Seuba Torrebancá, Joan *Sangre contaminada, responsabilidad civil*, Ed. Civitas 2002.
- Stiglitz, Rubén, y Stiglitz, Gabriel: *Contratos de adhesión cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ed. Depalma, Bs. As., 1985.
- Viney, Geneviève: *Traité de Droit Civil. Les obligations. La responsabilité*, París, 1982.

Vallespinos, Carlos Gustavo: *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Ed. Universidad, Bs. As., 1984.

Yzquierdo Tolzada, Mariano: *Las nuevas formas de reproducción humana: aspectos jurídicos*, serie monográfica H. M., N° 4, vol. XXX, N° 723, España, 1986.

Zavala de González, Matilde M.: *El daño colectivo, en Derecho de Daños*, p. 437, Ed. La Rocca, 1989.

