

EL PRINCIPIO DE PRECAUCION Y LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

Introducción

El principio de precaución no es algo novedoso. Su existencia puede remontarse a 1971¹. Ha sido incluido en múltiples piezas normativas, sea internacionales o nacionales. Sin ir más lejos, en nuestro país es uno de los principios que guían el Derecho Ambiental, conforme lo establecido en el artículo 4 de la Ley 25.675 – la Ley General del Ambiente.

Las nociones que lo informan pueden resumirse en que² debe haber un contexto de incertidumbre acerca de un riesgo. Debe existir la probabilidad, no posibilidad, de que este riesgo esté presente. Debe haber la probabilidad de que un daño, derivado de tal riesgo, se produzca. Y el daño que se puede producir ha de ser grave.

En términos más latos el principio de precaución entraría a jugar cuando, sin tener certeza, existe algún tipo de noción que un bien o una actividad podría acarrear un riesgo que, de concretarse, produciría un daño grave.

Al lado de esta noción, a los fines de este artículo, está, dentro del constantemente expansivo derecho de daños, el campo de la responsabilidad del fabricante. Este, que podía haber sido novedoso en la segunda mitad del Siglo XX, es hoy un área del derecho de daños plenamente establecida.

¹ Véase R. Andorno “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución” en J.A. 2003-III, p. 962.

² Véase I. H. Goldenberg y N. Cafferatta “El Principio de Precaución” en JA, 2002-IV, Fascículo N° 6, Buenos Aires, 6/11/2002. Véase, también, Ponencia de J. H. Facco en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – SanMiguel de Tucumán (29 y 30 de septiembre y 1° de octubre de 2011) Comisión N° 3 (Daños): Principios de Prevención y Precaución. “El deber de información como pauta precaucional orientada a la tutela del consumidor”.

Sin embargo, no está en modo alguno cristalizada. El dictado de la Ley 24.240 le incorporó una nueva dinámica –que quizás, todavía no se ha visto del todo reflejada en las decisiones de los tribunales nacionales. Es de prever, también, que la sentencia de la Corte Suprema, en el caso Halabi³ ha de darle también una nueva dinámica. Diversos trabajos hacen prever que el principio de precaución no ha de ser intrascendente en el campo de la responsabilidad del fabricante⁴.

En este trabajo abordamos esta conjunción del derecho de la responsabilidad del fabricante y el principio de precaución.

Es sabido que el derecho de daños ha esparcido sus efectos, en los últimos tiempos, más allá de la función meramente resarcitoria. Existe todo un área de prevención de los daños. Este trabajo, sin embargo, se limita al aspecto resarcitorio. Se analiza si la aplicación del principio de precaución tiene cabida, y en tal caso, cómo, en una acción por la cual se persiga la responsabilidad de un fabricante por daños que produzca un producto por él elaborado.

Dicho esto, el plan a seguir es el siguiente.

Primero se expondrán algunas consideraciones sobre la evolución de los conocimientos científicos. Para tal fin se verán los estudios que al respecto han hecho filósofos de la ciencia como Kuhn, Lakatos y Feyerabend. Creemos que esto es necesario. En efecto, en tanto el principio de precaución trata de probabilidades de riesgos que serán o no confirmadas por la evolución de los conocimientos científicos, es prudente detenerse, siquiera en una forma superficial, en las opiniones de quienes han estudiado tal evolución de los conocimientos científicos.

También nos detendremos, nuevamente en una forma muy general, en la metodología de la investigación. Nuevamente, siendo que el principio de precaución trata de

³ Véase CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 dto. 1563/04", 24/02/2009, Fallos: 322:111.

⁴ Véase, por ejemplo, G. Sozzo y M. V. Berros "Principio Precautorio" en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, marzo 2011 pag. 28.

probabilidades, que se pueden avizorar en el momento en que se produce la actividad que incorporaría el riesgo, es conveniente indagar la forma en que se investigan dichas probabilidades; o dicho de otra forma, determinar cuándo es válido sostener que existen bases racionales para sostener que existe la probabilidad de un riesgo y cuándo tal probabilidad es nada más que fruto de preconceptos, fantasías o criterios similares que no deberían tener cabida en el Derecho.

Hechas estas apreciaciones previas, se abordará, por así decirlo, el tema estrictamente jurídico. Se analizarán entonces los cuatro elementos que son imprescindibles para que esté presente la responsabilidad civil por un hecho dañoso y como el principio de precaución puede afectarlos. Interrelacionado con este análisis se ve la forma en la cual el principio de precaución puede tener relevancia en relación a los distintos tipos de vicios en los productos que pueden ocasionar la responsabilidad del fabricante (vicios de fabricación, vicio en el diseño y vicio por falta o insuficiencia de advertencias o instrucciones).

Como apostilla, se termina este trabajo haciendo algunas consideraciones sobre algunos efectos microeconómicos que podrían resultar si se aplicase el principio de precaución para sortear la dificultad en la prueba de alguno de los elementos de la responsabilidad civil de un fabricante.

La Evolución de los Conocimientos Científicos

Thomas S. Kuhn, en su obra “The Structure of Scientific Revolutions”⁵ plantea que la ciencia avanza a través de cambios en los paradigmas que informan cada área del conocimiento científico. En algún momento, según este autor, los paradigmas que se consideran vigentes dejan de resolver todas las cuestiones que se presentan en relación a un determinado ámbito del conocimiento.

⁵ En este trabajo se consultó la tercera edición de “The University of Chicago Press” 1996.

Cuando se da tal disonancia o insuficiencia puede pero no necesariamente ha de surgir un nuevo paradigma que la resuelva. Si se da esta circunstancia, este nuevo paradigma podrá desplazar al paradigma anterior.

Esto no sucede en forma instantánea. Es necesario que el nuevo paradigma se imponga en la comunidad científica. Los conocimientos no surgen de un día para otro, ni existen soluciones mágicas. Es más los nuevos paradigmas deben ser aceptados como tales por la comunidad científica; lo cual presupone la competencia, por así decirlo, entre varias posibles soluciones a la disonancia o insuficiencia ya mencionada. Y no hay garantía de que surgirá un nuevo paradigma. La crisis puede perpetuarse hasta tanto surja una concepción que sea aceptada científicamente como nuevo paradigma.

Lo que debe destacarse de esta concepción de la ciencia es que el cambio en los paradigmas requiere de una crisis. Si un paradigma responde a todas las inquietudes que se presentan en un momento dado en una determinada área del conocimiento científico, no habrá crisis y por lo tanto no hay necesidad de que surja un nuevo paradigma; y los paradigmas que podrían presentarse como contendientes no prosperarán.

Sólo cuando se da la insuficiencia de un paradigma para resolver todas las cuestiones con las cuales es confrontado en un momento dado es que se plantea su insuficiencia. En tal situación nuevos paradigmas pueden surgir, y debería (pero no es seguro) triunfar aquél que responda a las exigencias que llevaron al cuestionamiento del paradigma anterior.

Ahora, cuando ha triunfado un nuevo paradigma, no es que cambien radicalmente todos los elementos y circunstancias que informaban o eran usados en relación al paradigma anterior. Por ejemplo, antes de la exposición por Einstein de la teoría de la relatividad existían los conceptos de tiempo y espacio. Con la teoría de la relatividad, sin embargo, se dio a estos elementos un nuevo significado. Se cambia, entonces, la forma en que se ve la realidad en relación a este nuevo paradigma.

Lo que propone Lakatos⁶ de alguna forma complementa lo recién dicho. El plantea la existencia de un núcleo firme de los conocimientos científicos. Alrededor de este núcleo hay un cinturón protector que está compuesto de hipótesis auxiliares cuya función es proteger al núcleo de falsaciones. Se asume, si se quiere, la función del falsacionismo popperiano, si bien aquí está este cinturón que protege al núcleo del conocimiento científico de los ataques que puedan hacersele, planteando su supuesta insuficiencia o supuestas contradicciones. Las hipótesis auxiliares explicarían las insuficiencias o contradicciones, protegiendo así al núcleo. Cuando estas hipótesis auxiliares son ineficientes en su misión es que el núcleo de los conocimientos científicos entra en crisis.

Lakatos también plantea que hay una historia interna de la ciencia y una historia externa. La primera tiene que ver con el modo en el cual se constituyen los modelos científicos, su estructura lógica y su metodología. La segunda, tiene que ver con las condiciones políticas, sociales, culturales y económicas dentro de las cuales se desarrolla el conocimiento científico. Esta última puede ser relevante sea para el progreso de la ciencia como para su retroceso. Repárese, por ejemplo, en la desaparición de la genética mendeliana en la Unión Soviética en 1950⁷.

Siendo así los conocimientos científicos no son independientes del ambiente dentro del cual se desarrollan; y dicho ambiente puede llevar a que, para usar la terminología de Kuhn, el paradigma sea influenciado por las circunstancias en las cuales es aplicado. Así, las crisis en los paradigmas pueden resultar de circunstancias que hacen tanto a la historia interna como a la externa de la ciencia.

Finalmente, de Paul Feyerabend es prudente rescatar el criterio de inconmensurabilidad. De él se desprende que no hay criterio lógico que permita determinar la superioridad de un paradigma sobre otro ni que permita fijar criterios de elección⁸. No se puede decir que un paradigma o un conocimiento científico es mejor a otros o más avanzado. Sólo se

⁶ Véase G. Bosch y A. Mombrú “Metacrítica y Filosofía de la Ciencia”, pag. 120, Trébol Verde, 2003.

⁷ Id.

⁸ Id. pag. 110.

puede decir que responde de mejor manera a las cuestiones que se plantean en un momento dado.

Dicho esto es conveniente dar un paso más para ver cómo los conocimientos que hacen al paradigma – al núcleo en la concepción de Lakatos – tienen influencia o producen sus efectos en la actividad de un fabricante.

El fabricante no aplica directamente los conocimientos que hacen al núcleo del paradigma. Es válido exigirle, sin embargo, que su actividad este acorde con el estado del arte; entendiendo por éste último a aquellos conocimientos prácticos más avanzados en el campo en el que opera y que puede utilizar. Estos conocimientos se le pueden exigir a un fabricante cuando diseña y fabrica los productos que pone en el mercado y en base a los cuales se decidirá, cuando se produzcan los daños, su responsabilidad.

Para ello deben tenerse presente los siguientes estadios: ciencia básica, ciencia aplicada y tecnología. Los conocimientos de la ciencia básica informan a aquéllos de la ciencia aplicada y, estos últimos a la tecnología. Siendo así, por ejemplo, un fabricante de medicamentos no tiene que ser un experto en el ADN. Pero a partir de los descubrimientos de Walton y Crick⁹, no puede ignorar que sus productos pueden alterar la forma en la cual opera el ADN en los seres humanos. Siendo así, debe recurrir a una tecnología acorde que impida estos resultados. Esta tecnología será la que constituya el estado del arte que le es exigible.

Es del caso, ahora, detenerse brevemente en la metodología de la investigación¹⁰.

Lo que debe destacarse al respecto es que existen diversos tipos de investigaciones. Y dentro de estas clasificaciones es conveniente detenerse en aquella que divide a las investigaciones o estudios en: exploratorios, descriptivos, correlacionales y explicativos.

⁹ Francis Crick y James D. Walton recibieron el Premio Nobel en 1962 por su descubrimiento de la estructura molecular del ADN.

¹⁰ Para la disquisición que sigue véase R. Hernández Samperi, C. Fernández Collado y P. Babiata Lucio “Metodología de la Investigación”, McGraw Hill, 2004.

Los estudios exploratorios tienen por objetivo examinar un tema poco estudiado. Aquéllos que se denominan descriptivos buscan especificar las propiedades y características de un fenómeno.

Los estudios correlacionales buscan evaluar las relaciones que existen entre dos o más variables. No persiguen demostrar la existencia de causalidad entre las variables. En cambio, los estudios explicativos persiguen encontrar sí una relación de causalidad entre dos o más variables.

Como se dijo, los estudios correlacionales no demuestran la existencia de una relación causal entre dos fenómenos, pero pueden indicar la existencia de una probabilidad de que dado un fenómeno se produzca un segundo fenómeno. Por ejemplo, comparando dos situaciones, una de las cuales se expone a una determinada variable y la otra no, puede surgir que en el primer caso la incidencia de una determinada consecuencia es superior. Aquí no se prueba causalidad ni puede decirse que un fenómeno determinado es efecto de otro. Lo único que se puede afirmar es un aumento de una variable dependiente en presencia de una variable independiente. No se puede decir que haya causalidad presente.

Los estudios explicativos, en cambio, buscan determinar la existencia de una relación de causalidad entre una variable independiente y otra dependiente. Es, si se quiere, una etapa superior en los resultados de los estudios.

Si se vuelcan estas consideraciones a la sucesión de paradigmas que plantea Kuhn puede plantearse lo siguiente:

Los estudios descriptivos, por regla general se llevan a cabo dentro de un paradigma. A través de estos estudios se pretende ampliar el campo cubierto por un paradigma o poner de manifiesto nuevas implicancias del mismo. Ahora que, también, cuando de estos estudios surgen inconsistencias con el paradigma vigente, se podría estar ante el primer paso para la presencia de una crisis.

Otro tanto puede suceder con los estudios exploratorios. En efecto, a través de exploraciones de aspectos no alcanzados por los paradigmas vigentes, se pueden poner de manifiesto inconsistencias que pueden llevar a su crisis.

Los estudios correlacionales también pueden poner de manifiesto correlaciones que no serían aceptadas o que no tienen explicación bajo los paradigmas vigentes o que no hayan explicación abajo las hipótesis auxiliares – para usar la terminología de Lakatos..

Eventualmente, estudios explicativos podrían dar origen a nuevos paradigmas que desplacen a los anteriores. Si bien en este caso, en el ámbito cubierto por el estudio, no hay lugar para el principio de precaución siendo que se acredita una causalidad. Pero puede suceder que esta causalidad sea incompatible con el resto del paradigma y no pueda ser explicada por las hipótesis auxiliares. Aquí se está claramente ante una crisis.

Vale decir que estos tipos de investigación científica pueden poner de manifiesto que un paradigma vigente puede estar o llegar a enfrentar una crisis. Y, en tal caso, es decir de confirmarse tal crisis, la ciencia aplicada y la tecnología que depende de la misma, entran en un cono de duda.

En esta situación, cabe entonces preguntarse, cuando es tal crisis o posibilidad de que se esté ante una crisis tan relevante para que tenga impacto sobre la aplicación del principio de precaución.

En nuestra opinión, que estudios exploratorios o descriptivos demuestren inconsistencias no debería ser suficiente. Es en esta situación donde aparecen las hipótesis auxiliares, propuestas por Lakatos, para proteger al núcleo del conocimiento científico de falsaciones.

Ahora que, cuando estudios correlacionales demuestran inconsistencias que no pueden ser explicadas por las hipótesis auxiliares del paradigma, y tales estudios indican la

probabilidad de daños, o estudios explicativos son incompatibles con la vigencia de un paradigma, entendemos que allí sí puede tener cabida el principio de precaución.

En nuestra opinión, la aplicación del principio de precaución a la esfera resarcitoria de la responsabilidad civil tendría lugar cuando hay una clara crisis en un paradigma que está demostrado por los estudios correlacionales o explicativos, y estos estudios indican una seria probabilidad de que ocurran daños.

Porque existe esta crisis, y dentro del ámbito por ella alcanzado, es que puede tener cabida el principio de precaución. Si no existe tal crisis es porque hay un paradigma vigente que explica los diversos fenómenos y, si hubieren fenómenos que tengan algún grado de incompatibilidad, aún cuando puedan resultar en daños, tal circunstancia tiene un grado de explicación aceptable conforme las hipótesis auxiliares que propone Lakatos. Es decir, el paradigma se mantiene vigente.

Sólo dentro de los límites arriba esbozados creemos que puede haber lugar para el principio de precaución – por lo menos en relación a los efectos que podría desplegar sobre un régimen de responsabilidad civil del fabricante.

En efecto, la aplicación del principio de precaución no puede ser un vale todo, donde los prejuicios o la invocación de principios generales difíciles de contradecir pero que en la emergencia están vacíos de contenido, conduzcan a una aplicación de este principio que puede ser disvaliosa o que conduzca a injusticias e ineficiencias.

El principio de precaución debe aplicarse en aquellos ámbitos en los cuales se sabe científicamente que no se sabe todo lo que habría que saber, pero aquello que sí se sabe permite, en base a estudios serios, avizorar una probabilidad seria de daños graves.

Fuera de esta situación, en nuestra opinión, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedades que no tiene otra explicación que los prejuicios, por más que estén acompañadas de las mejores buenas intenciones.

Los Elementos de la Responsabilidad Civil en la Responsabilidad del Fabricante

Los elementos de la responsabilidad civil son cuatro: debe haber un acto antijurídico, deben producirse daños, debe haber una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el acto antijurídico y los daños, y debe haber un factor de atribución que puede ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (riesgo).

Estos cuatro elementos deben estar presentes para que pueda encontrarse responsabilidad de un fabricante por los daños que ocasionen los productos que coloca en el mercado. Esta proposición es válida ya sea que la responsabilidad del fabricante derive de vicios de fabricación, vicios conscientes o no conscientes del diseño¹¹, o de la falta o insuficiencia de advertencias o instrucciones.

Corresponde, entonces ver como el principio de precaución, dentro de la configuración del mismo que se ha hecho en párrafos previos, afecta los cuatro elementos recién enumerados y como juega, también, teniendo en cuenta cada uno de los vicios que pueden presentar los productos que el fabricante pone en el mercado.

El Principio de Precaución y la Relación de Causalidad

Entre los elementos que deben estar presentes para que se pueda encontrar responsabilidad civil por parte de un fabricante tiene especial relevancia la existencia de una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el producto o el vicio en el producto y los daños. No se está haciendo referencia a causalidad fáctica. Se hace referencia a una causalidad legal, definida en el Código Civil.

Para determinar cuando un fenómeno debe ser considerado causa jurídicamente relevante de otro fenómeno que se denomina consecuencia, nuestro Código Civil ha seguido la

¹¹ Véase Kelly, J. “Responsabilidad del Fabricante” pags. 90 y ss, Heliasta 1987.

teoría de la causalidad adecuada. Es interesante ver como el código ha encuadrado el tema de fenómeno causa y fenómeno consecuencia.

El Código Civil distingue entre consecuencias inmediatas y mediatas. Las primeras son aquellas acostumbradas a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, Esto no significa que deban seguir de una manera inmediata en el tiempo. Por ejemplo, una infección viral puede ocasionar la muerte del infectado al cabo de muchos años y de la ocurrencia, entre la infección y la muerte, de varios otros fenómenos (por ejemplo internaciones, intentos de curación, etc.) Sin embargo, ninguno de estos otros fenómenos ha alterado el poder causativo del fenómeno muerte de la infección viral, de modo tal que ésta puede ser identificada como única causa de la muerte.

Las consecuencias mediatas, en cambio, son aquellas que se producen de la conexión del hecho que se identifica como causa con otro fenómeno diferente. Estas consecuencias nunca hubiesen ocurrido si no se entrara en combinación con este nuevo fenómeno. Por así decirlo, son fenómenos que tuercen la ruta causal hacia resultados que, de otra forma, no hubieran ocurrido.

Respecto de las consecuencias mediatas es necesario poner un límite. Sin un límite, las consecuencias por las cuales se respondería no tendrían fin. Es función del Derecho, entonces, determinar hasta donde llega la responsabilidad. El Código Civil ha adoptado, para tal efecto, el criterio de la previsibilidad. Conforme el artículo 904 el Código Civil se es responsable por las consecuencias mediatas en tanto sean previsibles.

Repárese que se está haciendo referencia a una previsibilidad objetiva. No es aquella que el agente en cuestión pudo haber tenido (si bien ello puede tener relevancia respecto de las consecuencias casuales.). No se está analizando el contenido psicológico del autor del acto voluntario – tal como sería relevante a los fines de determinar la existencia de negligencia o culpa de su parte -. Se trata de una previsibilidad objetiva, independiente de todo contenido psicológico. Puesto en otros términos, aun cuando el agente efectivamente

no hubiere previsto las consecuencias mediatas, si su ocurrencia era objetivamente previsible, serán consecuencias jurídicamente relevantes.

Ahora bien, analícense estas consecuencias a la luz de la forma en que ha sido encuadrado el principio de precaución. Lo primero que se destaca, en relación a las consecuencias inmediatas, es que el artículo 901 del Código Civil, al definir las dice que son: “las consecuencias de un hecho que acostumbran suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”.

No dice que siempre suceden según tal curso. No dice siquiera que son las que ocurren en el curso natural y ordinario de las cosas. Son las que acostumbran suceder. Un ejemplo explicará esto. Si una persona cae de un quinto piso, lo que es de esperar es que muera por la caída. La caída es la causa jurídicamente relevante de la muerte. Ahora que puede suceder que no muera. Esto no quita que para otras caídas similares, donde sí se produce la muerte, se pueda concluir que la causa jurídicamente relevante de la muerte sea la caída. Y esto seguirá sucediendo con las caídas futuras.

Pero puede irse, en la explicación de la función del término “acostumbran” un poco más allá. Podría entenderse que la inclusión de tal término indica que no es necesaria la absoluta certeza científica. Es suficiente que se pueda esperar con cierta certeza que ocurran las consecuencias.

Un ejemplo explicará esto: La ciencia médica puede no haber establecido con certeza que un golpe puede causar cáncer de piel. Sin embargo una alta proporción de golpes han sido seguidos por este cáncer o una alta proporción de cánceres han sido precedidos por golpes. Aquí es posible, pero improbable, que la correlación entre cáncer y golpe sea una mera coincidencia¹². La inclusión de la palabra “acostumbran” en el artículo 901 del Código Civil permitiría, en este ejemplo, hallar causalidad jurídicamente relevante aún cuando se parte de la base de que no hay conocimiento científico que avale la conclusión.

¹² Véase Hart, H. L. A. y Honoré, T. “Causation in the Law”, pags 408 y 409, Oxford University Press, 2002.

Con base en esto, los paradigmas vigentes y el ámbito en el cual se los entiende (que es dado por la historia interna y externa de la ciencia) dirán que es lo que “acostumbra” seguir como consecuencia inmediata de un determinado fenómeno. Y, conforme lo recién indicado, no hace falta que haya certeza científica absoluta. Es suficiente que exista una correlación, si bien esta debe caer dentro de las hipótesis auxiliares que refería Lakatos.

Ahora que, cuando el paradigma que se aplica a los fenómenos sobre los que debe plantearse la responsabilidad está en crisis, sea porque ha sido efectivamente cuestionado o por haber fenómenos que no puede explicar aún con aplicación de las hipótesis auxiliares, parecería que la definición de consecuencias inmediatas igual permitiría, en algunos casos, hallar causalidad jurídicamente relevante. Si existe una correlación entre los fenómenos que se plantean como causa y consecuencia que permita decir que se está ante un fenómeno que acostumbre suceder en el curso ordinario y natural de las cosas, debía ser suficiente para hallar causa jurídicamente relevante, aún cuando no se pueda hablar de causalidad científicamente comprobada.

Vale decir que en una situación en la cual no hay un paradigma vigente que niegue la relación de causalidad que se plantea ni hay un paradigma vigente que lo explique, el fenómeno que se plantea como consecuencia acostumbra ocurrir en el curso natural y ordinario de las cosas, aunque no ocurra siempre (y de este fenómeno no puede encontrarse otra causa), podría admitirse que existe una relación de causalidad jurídicamente relevante. Nótese que no se está diciendo que hay causalidad fáctica. Esta, en la hipótesis que se está analizando, no puede ser confirmada científicamente. Sin embargo, el Derecho debe resolver esta situación. Y por el artículo 901 del Código Civil es suficiente que se demuestre esta correlación entre fenómenos que se presentan como causa y consecuencia jurídicamente relevante.

Vuélquense estas consideraciones en el lenguaje que se ha usado para describir el principio de precaución.

Si (i) ocurre un daño grave después del uso de un producto; (ii) no se puede determinar científicamente la causa del daño ya que excede o contradice los paradigmas vigentes, las hipótesis auxiliares no resuelven el problema y el daño no tiene explicación bajo otros paradigmas; (iii) estudios correlacionales serios indican que efectivamente existe una correlación entre el uso del producto y los daños; entonces, con la formulación que trae el Código Civil de consecuencia inmediata podría hallarse una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el producto y los daños.

Abórdese ahora el tema de las consecuencias mediatas. Según el artículo 901 del Código Civil son las que “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”. Aquí no hay referencia a que “acostumbran”. En cambio son las que resultan “solamente”.

Parecería que el cambio de adverbio indica que aquí sí debe existir causalidad fáctica¹³. Por lo tanto, mientras existan paradigmas que no son cuestionados o no han entrado en crisis, o se está ante fenómenos que son explicados por las hipótesis auxiliares, se aceptará la previsibilidad que surge de estos paradigmas. Los conocimientos que corresponden al paradigma en cuestión dirán si hay o no causalidad y dirá también si existía la previsibilidad que exige el artículo 904 del Código Civil para que haya imputabilidad de las consecuencias mediatas.

Pero cuando se está ante una crisis en los paradigmas la decisión se torna más complicada. Los conocimientos existentes ya no resuelven todas las cuestiones – es más, han sido puestos en duda - y todavía no hay nuevas soluciones. Puede haber estudios correlacionales que permitan acercarse a una solución, pero no son suficientes para sostener que hay causalidad. Pueden dar lugar a una previsibilidad – pero sólo de la probabilidad de que ocurra un determinado fenómeno. Pero, se reitera, no existe prueba

¹³ Se puede especular sobre las razones del distinto tratamiento que da el código a las consecuencias inmediatas y las mediatas. Quizás esté en que se quiere asegurar que aquello que es válido esperar debe ser contemplado por el Derecho. En cambio cuando hay conjunciones que pueden ser aleatorias, se requiere la certeza derivada de la relación de causalidad. En el primer caso la responsabilidad cae en quien controla el hecho que se plantea como causa. En el segundo caso, faltando tal control, no se da tal responsabilidad en ausencia de una real causalidad.

alguna de la causalidad. Y tal inexistencia resulta, también de los estudios correlacionales.

No creemos que, en este caso, se pueda sortear la dificultad derivada de la inexistencia de una relación de causalidad científicamente comprobada recurriendo al principio de precaución sin violentar el texto de la Ley. El principio de precaución se basa precisamente en que no se sabe si hay causalidad. La postulación misma del principio de precaución se basa en la falta de conocimientos científicos ciertos sobre cuales pueden ser las consecuencias de un acto.

Debe tenerse presente que no es inusual que en algunas ocasiones se ha producido un daño y no se ha podido identificar o descubrir el fenómeno que sería su causa. Se ha recurrido, en tales casos a las presunciones. Sin embargo, en estos casos de lo que se trataba era de identificar un fenómeno que, de acuerdo con los conocimientos científicos en vigor, podía haber causado los daños. Para esto se recurría a las presunciones¹⁴, o a teorías como la de las negligencias abstractas¹⁵. No se trataba de llenar un vacío en los conocimientos científicos. Sobre ellos no había duda alguna. El principio de precaución, en cambio, se aplica cuando los conocimientos científicos no permiten llegar a conclusión alguna.

Podría sostenerse que el principio de precaución, en el tema de las consecuencias mediatas, si bien no sustituye la necesidad de probar la existencia de la relación de causalidad y la previsibilidad requerida para la imputación de estas consecuencias, permite dos cosas: una es dar una pista de donde ha de hallarse tal causalidad y, como consecuencia de ello, en segundo término, en algunos casos – en especial si hay estudios correlacionales que permitirían considerar la probabilidad de una causalidad - alterar la carga de la prueba de la relación de causalidad.

¹⁴ Véase CNCiv Sala E, “Guaragna de Terzoli c/ Soiva” LL 1997-C:155

¹⁵ Véase CNCiv Sala D, “Turón, Claudia c/ Municipalidad de Buenos Aires” JA. 1996-IV-330.

Esto último es lo que trae el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. Fuera de tales supuestos podría tener lugar si se dieran las condiciones, por ejemplo, para la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas en la prueba. Esta alteración en la carga de la prueba es problemática, ya que de lo que se trata, en definitiva, es de decidir a quién le pesará la imposibilidad de prueba. El hecho que existan estudios correlacionales que llevarían a considerar probable la existencia de causa no es definitivo ya que dichos estudios, por su naturaleza, indican que el fenómeno que se postula como causa no lo sería en todas las ocasiones como las que se plantean en el caso en cuestión.

El Principio de Precaución y los Factores de Imputación

Otro de los elementos que debe estar presente para que se encuentre responsabilidad por el daño que pueda ocasionar un producto elaborado es el factor de imputación. No es suficiente que un producto haya ocasionado un daño. Es necesaria la presencia de un factor de imputación. Estos factores pueden ser subjetivos u objetivos. En el caso de los primeros están la culpa y el dolo – si bien el análisis que se hace en este estudio se limita a la culpa. El factor objetivo es el riesgo creado.

Es aceptado, sin mayores reparos, que en el caso de daños ocasionados por un vicio de fabricación es aplicable el régimen de la responsabilidad objetiva. Lo mismo debe suceder con los vicios no conscientes en el diseño (incluyendo dentro de diseño, en el análisis que aquí se hace, a la inclusión de instrucciones y advertencias).

No es clara la solución en el caso de daños ocasionados por vicios conscientes en el diseño. Esta incertidumbre se proyecta sobre la noción misma de vicio en el diseño y los elementos a tener presentes para su definición. Quienes sostienen la aplicación irrestricta de un factor de responsabilidad objetivo entienden que solo se tiene que tener en cuenta al producto para determinar si el mismo incorpora una característica riesgosa. Por otro lado, quienes sostienen (nosotros entre ellos) la aplicación de nociones propias del régimen de la culpa extienden la indagación, e incorporan en el análisis, cuando de vicios

conscientes del diseño se trata, a las decisiones que tomó el fabricante al diseñar el producto.

Respecto del rol que cabe acordar a la teoría que informa al principio de precaución en lo que se refiere al elemento culpa se puede señalar que cuando entra en juego tal principio es porque se sabe que existe una probabilidad – si bien no la certeza - de que el producto pueda ocasionar un daño grave. Es decir que, sin que haya un conocimiento científico que no se puede cuestionar, se sabe que algún riesgo podría existir.

En esta situación, si el riesgo es muy grave y la utilidad del producto es baja, cabe preguntarse cuál es el fin de introducir en el mercado un producto, con alto grado de peligrosidad, dada por la probabilidad seria de que se produzca un daño grave, que no cumple ningún fin útil relevante. Y como consecuencia de esta pregunta, volver a preguntarse si allí no existe la culpa del fabricante.

Podría pensarse que en esta situación la responsabilidad del fabricante se cubriría incluyendo las advertencias necesarias. Es usual que los prospectos que acompañan a los productos medicinales adviertan, teniendo en cuenta estudios correlacionales, los riesgos probables, o informen de efectos colaterales que en alguna oportunidad se han observado. Sin embargo se trata de productos en los cuales los beneficios superan ampliamente estos riesgos. Si no se da esta ecuación y los riesgos superan ampliamente la utilidad, parecería que la inclusión de advertencias no impediría hallar la culpa del fabricante.

Se podría excluir de esta conclusión el caso de riesgos tan conocidos o que se vuelven tan claros con las advertencias que acompañan al producto que lo que se produce, cuando el consumidor lo adquiere y usa, es una asunción de riesgos que excluye la responsabilidad del fabricante¹⁶.

¹⁶ Este podría ser el caso de los cigarrillos que llevan una advertencia clara e impactante de sus efectos nocivos.

Bajo el régimen de la responsabilidad objetiva el tema adquiere mayores complicaciones. Recuérdese que conforme el régimen del artículo 1113 del Código Civil se es responsable objetivamente por los daños que resultan del vicio o riesgo de la cosa. Se acepta, al respecto, que el vicio ocasionara la responsabilidad cuando incorpore un riesgo – vale decir que el vicio no sería una causal independiente de tal tipo de responsabilidad sino que queda subsumido dentro del riesgo.

Ahora bien, no existe una noción legal de riesgo. Si bien existen algunos casos donde se decidió que el mero hecho que los daños sean causados es suficiente para tener por comprobado que un elemento riesgoso está presente¹⁷, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina de los autores sostiene que una característica adicional es requerida en las cosas o productos que causan los daños que denote su peligrosidad¹⁸.

No existe una noción o definición única referida a esta característica. Sin embargo, quizás en el mejor análisis que se ha hecho del tema en la doctrina nacional, se ha demostrado que el riesgo debe ser específico, por pertenecer a determinadas especies de cosas y no a todas ellas; intrínseco, en tanto no depende de circunstancias ajenas a la naturaleza y destino de la cosa; extraordinario, ya que la peligrosidad debe ser mayor o más intensa que en las cosas no consideradas riesgosas; y ordinario, en tanto el riesgo debe ser común a la clase de cosas o a la característica que se reputa riesgosa¹⁹.

En el mismo orden de ideas, se ha sostenido, que todas las cosas y productos entrañan un riesgo, sin embargo, la ley crea una responsabilidad cuando el riesgo no es normal. La víctima asume el riesgo que es normal en todas las cosas y productos, sin embargo cuando el riesgo excede lo que es considerado normal, teniendo en consideración para ello el uso común y las expectativas de las partes involucradas, la responsabilidad aparece²⁰.

¹⁷ Véase Rep. L.L. XLIV-A/I-687; J 47-169.

¹⁸ Zabala de González, M. “Daños Causados por el Riesgo de la Cosa y por una Conducta Riesgosa” L.L. 1983-D-113 y los casos allí citados.

¹⁹ Id.

²⁰ Véase R. Compagnucci de Caso “Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo” en “Derecho de daños” – Primera Parte pag. 69; ver también R. L. Lorenzetti “Estudios sobre la Nueva

Ahora bien, podría sostenerse que si en una situación se dan los presupuestos para la aplicación del principio de precaución, esto indicaría que se está ante una situación de riesgo, si bien las características del mismo no pueden ser conocidas con certeza científica. Ahora que, por esta misma característica cuando se concreta el riesgo en un daño, subsiste la duda sobre si tal daño fue causado por el producto o si responde a otra etiología.

Por lo tanto se cae, nuevamente, en el problema de la causalidad. Si se resuelve esta cuestión el hecho de que esté presente una situación en que se aplica el principio de precaución será un elemento muy importante para sostener que el producto incorporaba un riesgo.

No creemos que la situación varía en cuanto se trate de vicios de fabricación o vicios del diseño. Si bien en cuanto a estos últimos, corresponde hacer algunas consideraciones adicionales.

Como ya se dijo, los vicios en el diseño pueden clasificarse en vicios conscientes o inconscientes. Estos últimos son aquéllos que resultan de errores del fabricante en el diseño del producto. Por ejemplo, si el fabricante, pudiendo hacerlo, no incluye en el producto características que hubiesen neutralizado los riesgos. Aquí la responsabilidad del fabricante no se diferencia sustancialmente de la que se presenta en casos de vicios de fabricación.

En el caso de vicios conscientes del diseño, es decir aquéllos que resultan de una decisión del fabricante sobre el grado de riesgo que incorpora el producto ha de incluir que, una vez que se produce el daño, los tribunales deciden que fue irrazonable, lo que se juzga – en nuestra opinión - no es al producto como causante de los daños sino a la decisión del fabricante que, sabiendo los riesgos probables, aceptó incluirlos en el producto.

Nuevamente, lo que se juzga es su conducta. Y el fenómeno que ocasiona los daños no es el producto sino la decisión del fabricante que se decide fue irrazonable. Para tomar esta decisión el principio de precaución, tal como lo hemos configurado, daría los elementos requeridos, en su caso, para tomar la decisión por parte del fabricante. Para juzgar tal decisión los tribunales pueden tener en cuenta las circunstancias que dan lugar al principio de precaución.

Similares consideraciones pueden hacerse en relación al vicio de no incluir las debidas advertencias o instrucciones. Para este fin puede considerárselas como una característica del diseño; si bien debe recordarse que no existen advertencias o instrucciones que releven a un fabricante de poner en el mercado un producto cuyas características riesgosas son irrazonables a la luz de los limitados beneficios que resultan del producto. Y tal falta de razonabilidad puede surgir de estudios correlacionales.

El Principio de Precaución y los Daños

Según la configuración que se hizo previamente en este trabajo del principio de precaución existe la probabilidad de que se produzcan daños graves. Cabe entonces detenerse en qué debe entenderse por daños graves.

Entendemos que se está ante un concepto relativo. Los daños deben ser evaluados teniendo en cuenta la historia externa de los conocimientos, a la que se hizo referencia previamente en este trabajo. Las concepciones políticas, psicológicas, sociológicas, económicas, culturales y sociales que informan al caso serán tenidos en cuenta para decidir si se está en presencia de daños que son graves.

También ha de tenerse presente la comparación de los daños con los beneficios que resultan del producto en sí. En algunos casos los beneficios pueden ser tan importantes que los daños deben ser aceptados como consecuencias inevitables de tal utilidad. En tal caso, la cuestión es sobre quien han de pesar tales consecuencias y si la decisión corresponde a los tribunales a través del régimen de la responsabilidad civil.

El Principio de Precaución y el Acto Antijurídico

En la responsabilidad extracontractual el acto antijurídico material consiste en causar daños que la víctima no tiene por que soportar. En la responsabilidad contractual es el incumplir una obligación que tiene por causa dicha relación.

Tal acto antijurídico debe ser la causa jurídicamente relevante de los daños.

En el ámbito contractual, la presencia del principio de precaución puede llevar a que la obligación del fabricante de cuidar por la seguridad de los usuarios o consumidores – implícita o explícita²¹ - sea más intensa. En efecto, se sabe de la probabilidad de que se causen daños, por lo tanto, aún cuando no se pueda saber con certeza cual es la causa de los daños, el conocimiento de la probabilidad exige del fabricante un mayor nivel de cuidado.

Similares consideraciones pueden hacerse, en el campo extracontractual, con relación a la obligación de no causar daños – el *alterum non laedere* – si existe la previsibilidad de tales daños, aún cuando no su certeza.

Efectos microeconómicos de la aplicación del principio de precaución

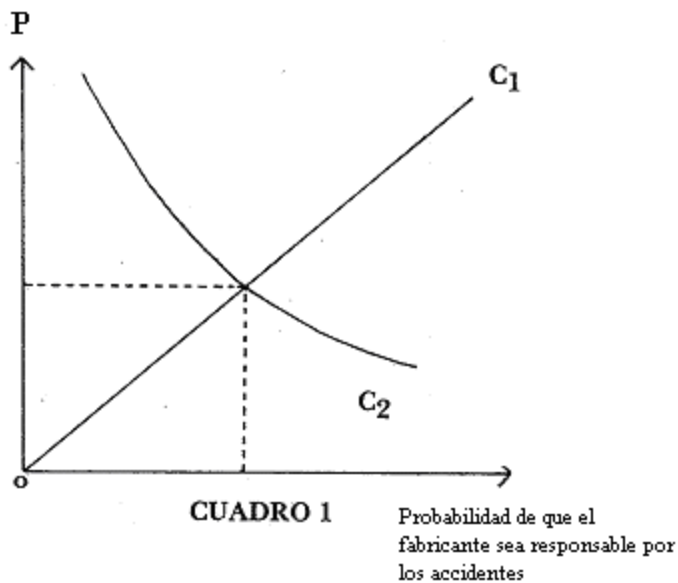
Si, como surge de párrafos precedentes, el principio de precaución permitiría, en algunos casos, hallar la responsabilidad de un fabricante aún en supuestos en los cuales ha sido imposible probar la causalidad fáctica entre el fenómeno que se presenta como que produjo los daños y éstos, es útil ver qué efectos puede esto traer sobre la actividad de los fabricantes.

Los efectos de tener que responder por daños que, no sabiéndose su causa pueden ser imposibles de evitar en un producto se extienden más allá del campo práctico jurídico.

²¹ Véase artículo 5 de la Ley 24.240.

Los efectos de estas circunstancias pueden afectar variables económicas. Esto el autor lo ha señalado en su obra Responsabilidad del Fabricante²². En esta obra se señala que facilitar que se halle responsable a un fabricante resulta en una reducción de los productos ofrecidos y un aumento de su precio, lo que puede resultar perjudicial para los consumidores: Para aquellos que han resultado excluidos del producto por el aumento del precio; para los que aún pueden acceder al producto, por su aumento del precio.

La situación de equilibrio, ideal, en lo que se refiere a las probabilidades de que ocurran los accidentes es la indicada en el cuadro 1.



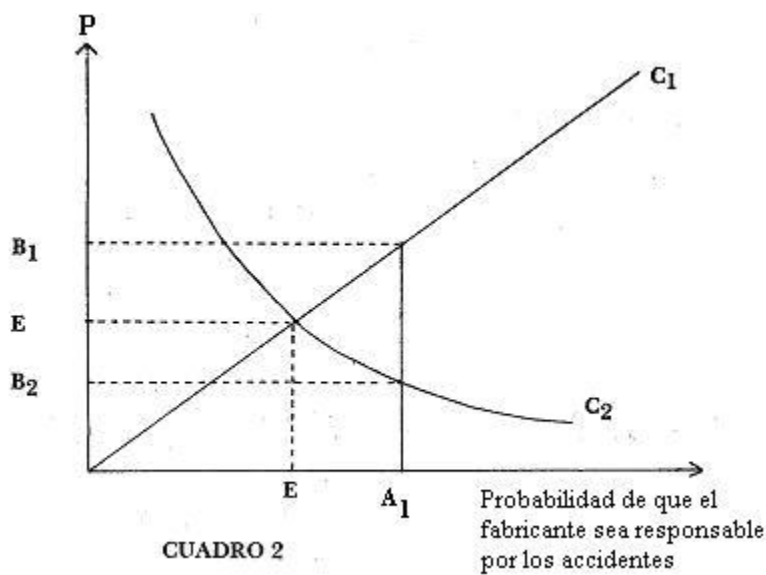
Donde C1 representa el costo de los accidentes (daños + gastos legales + gastos por seguros + gastos administrativos) y C2 el costo de prevenir accidentes (gastos en investigación y desarrollo).

A medida que aumenta la probabilidad de los accidentes su costo aumentará, tal como se indica en el cuadro 1 en la curva C1. Por su parte un pequeño arreglo significará un gran aumento en la seguridad de un producto riesgoso, mientras que hace falta gastar mucho

²² Véanse pags. 242 y ss.

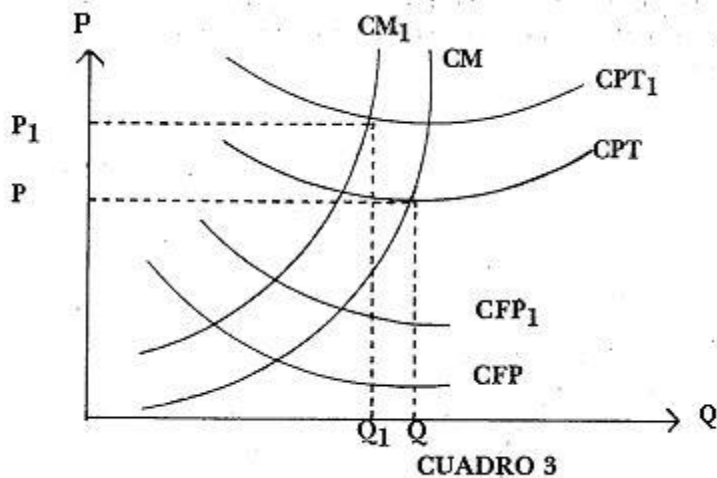
más para mejorar la seguridad de un producto ya seguro, tal como surge de la forma de la curva C2 de dicho cuadro. En el punto en que estas dos curvas se cruzan, el sistema está en equilibrio ya que en dicho punto el fabricante está asignando sus recursos en investigación y desarrollo de la mejor forma para prevenir costos de accidentes. Si se asignasen más recursos la mejora en el producto no justificaría el gasto, mientras que se asignase menos, el producto todavía podría ser mejorado sin incurrir en un gasto excesivo ante la mejora lograda.

Cuando, sin embargo, se decide que el fabricante debe responder, aún cuando no se pueda afirmar que entre su producto y los daños existe relación de causalidad, se está en la situación que describe el cuadro 2.



En este caso la probabilidad de que el fabricante sea responsable ha sido aumentada a A1. En tal caso el fabricante en circunstancias normales pretendería gastar sólo B2 para evitar los accidentes, pero debido a que no sabe qué defectos se le atribuyen el producto no podrá realizar estos gastos razonablemente con lo cual sus gastos en mejora del producto serán superiores a B2 y probablemente también superiores a E (se acercará a B1). Ello independientemente de que al haberse aumentado la posibilidad de ser responsable el costo de los accidentes que deberá soportar está en B1.

Este aumento de costos, tanto en los gastos tentativos (ya que no se sabe la causa de los daños) que se harán para mejorar el producto como en los costos que ahora le acarrearán los accidentes que ahora debe soportar tienen la incidencia que se indica en el cuadro 3.



Donde: CM es costo marginal antes del aumento en la probabilidad de ser responsable.
 CM_1 es costo marginal después de dicho aumento.

CFP es costo fijo promedio por unidad antes del aumento de la probabilidad de ser responsable.

CFP_1 es costo fijo promedio por unidad después de dicho aumento.

CPT es costo promedio total por unidad antes del aumento de la probabilidad de ser responsable.

CPT_1 es costo promedio total por unidad después de dicho aumento.

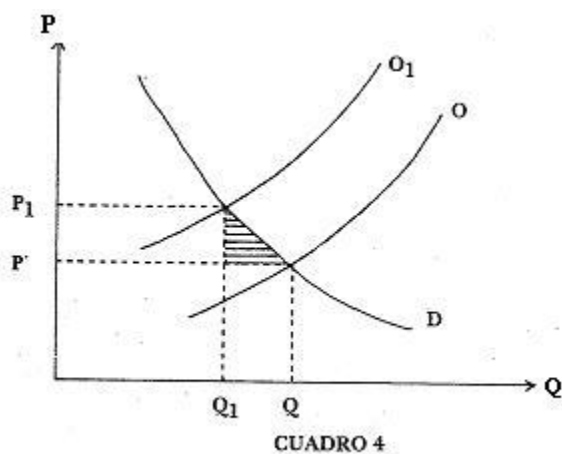
P y Q son precio y cantidad antes del aumento de la posibilidad de ser responsable.

P_1 y Q_1 son precio y cantidad después de dicho aumento.

Al fabricante, para maximizar sus ingresos, le conviene producir tantas unidades hasta que el costo promedio total por unidad sea igual al costo marginal que resulta de la producción de la última unidad (si produce más al incurrir en un costo marginal mayor estará perdiendo plata).

Como se indica en el cuadro 3 el aumento en la responsabilidad aumenta todos los costos del fabricante y hace que sus curvas se desplacen. Así el punto de equilibrio entre CM y CPT que resultaba en una cantidad Q y un precio P se trasladó a la intersección entre CM_1 y CPT_1 que resultan en una cantidad menor Q_1 y un precio mayor P_1 .

Si se analiza la situación que estos cambios individuales en cada firma producen en el mercado compuesto por todos los fabricantes se tiene la situación indicada en el cuadro 4.



Donde: D es demanda global del público.

O es la oferta global de los productores antes del aumento de la posibilidad de ser responsable.

O_1 es la oferta global de los productores después de dicho aumento.

P y Q son precio y cantidad en situación de equilibrio antes del aumento de la posibilidad de ser responsable.

P1 y Q1 son precio y cantidad en situación de equilibrio después de dicho aumento.

Este cuadro demuestra cómo eventualmente el aumento en la probabilidad de ser hallado responsable excluye del mercado a un sector del público (representado por el área rayada) que de otra manera habría adquirido los productos, y que aquellos que pueden adquirirlos lo hacen a un precio mayor.