

ENTRE SER PRUDENTES Y ESTAR INFORMADOS
(Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio)

Gonzalo Sozzo

Sup. Trib. Just. Río Negro, 17/03/2005, “Bordenave, Sofía A. s/mandamus”, Viedma, marzo 17 de 2005. (Lexis Nexos On line: N° 35001288).-

Sofía A. Bordenave “recurre por sí, en el carácter de consumidora y en representación de CEDHA. (Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente) en amparo colectivo (...) petitionó ante el "juez de amparo" Dr. Alejandro Ramos Mejía se condene "... a la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a que en un plazo no superior a sesenta días, produzca la lista con la nómina de productos transgénicos que se comercializan en su jurisdicción y provea de las mismas a los comercios correspondientes cumpliendo con las normas establecidas por la Constitución Nacional (3), la Ley de Protección del Consumidor Ver Texto y el art. 1 de la ordenanza 1121...".

“La requerida Municipalidad de San Carlos de Bariloche, responde a fs. 72/73 (y amplía a fs. 97/98), sosteniendo que la elegida no es la vía por existir otras previas, no agotó la instancia administrativa, no acreditó la existencia de peligro en la demora y por último, la ordenanza 1121 del 31/5/2001, aprobada en los términos del art. 17 de la Carta Orgánica Municipal, "... resulta de imposible cumplimiento, de acuerdo con la información disponible..." (7/8/2003), que "... se opone diametralmente a la postura del país en cuanto al comercio internacional ..." y además "... se encuentra en trámite ante el Concejo Municipal un proyecto de ordenanza tendiente a la derogación de la ordenanza CM. 1121/2001, fundado precisamente en la imposibilidad de cumplimiento ..." (18/11/2003).”

El magistrado preopinante estuvo: “No escapa a mi consideración los variados conflictos que suscita la cuestión a nivel internacional y nacional, no ya de carácter medioambiental o sanitario o de los consumidores, sino de índole no solamente política, sino principalmente de poderosos intereses económicos entre los países industrializados que son de público y notorio, pero ajenos a la decisión jurisdiccional. Surge de los diversos informes y otros documentos agregados a la causa, que ante el proceso de globalización, en esta cuestión, una vez más hay confrontación entre "los mercados" por un lado, y "el derecho de las personas a la salud, a un medio ambiente sano, a la información y a elegir qué consume", por el otro.”

“Mas allá de esa consideración, las leyes están para ser cumplidas”.

"(...) Las amparistas demandaron el cumplimiento de una ordenanza, según corresponde mientras ésta se encuentre en vigencia."

"Reitero que pidieron se condene "... a la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a que en un plazo no superior a sesenta días, produzca la lista con la nómina de productos transgénicos que se comercializan en su jurisdicción y provea de las mismas a los comercios correspondientes cumpliendo con las normas establecidas por la Constitución Nacional, la Ley de Protección del Consumidor Ver Texto y el art. 1 de la ordenanza 1121 ...".

"Ningún fundamento válido sustantivo surge de las reiteradas manifestaciones sobre la imposibilidad de cumplimiento, que sea jurisdiccionalmente atendible y no vaya más allá de la opinabilidad de la cuestión de fondo en el contexto moderno de "mercantilismo o derechos humanos" o el desinterés o la negligencia de ciertos funcionarios políticos, técnicos y administrativos que tienen el deber de proveer al cumplimiento de la norma según esa voluntad del legislador, ya que tales argumentos no se deben esgrimir para justificar el incumplimiento de la ley, sino ejercerlos con solidez y convicción ante quien debe revisarla, modificarla o derogarla si así resulta necesario o conveniente. Hay en la organización institucional y funcional de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, con una jerarquía normativa a la que está sometida la Administración, la que no puede ser incumplida ni desconocida pues no hay ni vicios de legitimidad, ni acciones que la controviertan en cuanto a sus alcances jurídicos, más aún a partir de avances en paralelo como los ya referidos reglamentos CE. 1830 de la Unión Europea y resolución 46/2004 de la Secretaría de Estado de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación. (...) Los jueces estamos para hacer cumplir la ley, no para admitir ni tolerar y menos aún, para justificar aun con el silencio, la inobservancia de una norma legal vigente. Nos está vedado sustituir, en cualquier sentido, el ejercicio de potestades que son propias de otros poderes, respecto de cuyos actos solamente poseemos el racional control de constitucionalidad en los términos de los arts. 196 Ver Texto , 207 Ver Texto y concs. const. Prov."

"La correcta interpretación del concepto de autonomía municipal a que alude el art. 5 Ver Texto CN. y reglan los arts. 225 Ver Texto y concs. Const. prov., sin perjuicio de las otras competencias o jurisdicciones administrativas concurrentes, determinan que se debe dar cumplimiento a la ordenanza 1121 por ser la expresa voluntad del legislador al sancionarla el 7/5/2001 y convalidarla por unanimidad el 31/5/2001."

"La ley 2779 Ver Texto habilita la acción en la forma propuesta concurrentemente con las disposiciones de los arts. 14 Ver Texto , 26 Ver Texto , 30 Ver Texto , 59 Ver Texto , 84 Ver Texto , 85 Ver Texto y concs. Const. Prov".

"La Administración de la Municipalidad tiene el "... deber concreto ..." del art. 44 Ver Texto Const. prov. que impone la ordenanza 1121 con la gestión previa en esa sede de fs. 1/3 (3/1/2003) y fs. 4 (1/4/2003), bajo apercibimiento."

"(...) el 7/1/2004 la Secretaría de Estado de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación fijó -aún parcialmente- una política en la materia, invocando entre otras consideraciones "... Que ante los riesgos que puedan derivarse de la liberación al medio de organismos vegetales genéticamente modificados (OVGM.) para los agroecosistemas y el bienestar social y económico

del país, se configuran en el caso los motivos agronómicos y de interés general a que hace referencia el art. 15 Ver Texto ley 20247...". El legislador ya había tenido en cuenta al dictar la norma, los criterios de la Unión Europea, que están actualizados al 22/9/2003 según el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación de fs. 315/344; entre ellos, el "principio de precaución" o "principio de cautela", incluyendo en sus fundamentos de la ordenanza 1121 a fs. 61 "... Las principales críticas a la utilización de alimentos transgénicos son los posibles peligros para la salud humana, el daño al medio ambiente y sobre la condición no natural de la tecnología usada que permite hacer combinaciones no naturales de genes... En Suiza, Austria y Luxemburgo se ha prohibido la comercialización de productos transgénicos. Los alimentos transgénicos, con nuevas combinaciones de genes son, según sus detractores, un riesgo potencial para la salud de consecuencias todavía imprevisibles... Las técnicas de biotecnología utilizan genes resistentes a antibióticos... Para modificar el genoma de las plantas se utilizan genes que se quieren insertar y otros genes auxiliares. Algunos de estos genes auxiliares confieren resistencia frente a determinados antibióticos, para poder seleccionar las células modificadas... La Organización Mundial de la Salud viene evaluando los alimentos transgénicos desde 1990. A pesar que se desconocen los riesgos de estos experimentos para la salud humana y para el medio ambiente, se ha generado consenso en que es deseable que los alimentos que contienen elementos transgénicos lleven un etiquetado que los explicita. Considerando que el derecho a la información es un derecho de todo individuo, es necesario normar de manera de exigir un etiquetado identificatorio para que cada consumidor tenga posibilidad de elegir ...".

En conclusión, la ordenanza 1121 está vigente y debe ser cumplida en jurisdicción de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, mientras no sea objeto de revisión, o modificación, o derogación por quien es el legislador, o sea el Concejo Deliberante.

Luego el Dr. Ballardini adjirió al voto anterior y el Dr. Soderro Nievas también pero agregó:

"Que adhiero a la solución propiciada por los jueces de primer y segundo voto, haciendo lugar al mandamus interpuesto por la Sra. Sofía A. Bordenave y la Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA.), y en consecuencia ordenar a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche para que proceda a dar cumplimiento a la ordenanza 1121, sancionada el 7/5/2001 y ratificada por unanimidad por el Concejo Deliberante el 31/5/2001, exigiendo a los comercios habilitados a poner a disposición de los usuarios/consumidores un listado con la nómina de productos transgénicos, como así también un cartel visible que indique la disponibilidad de ese listado."

"La actora, en su carácter de consumidora y representante del CEDHA. (Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente) ha peticionado que la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche produzca la lista con la nómina de productos transgénicos que se comercializan en su jurisdicción y provea de las mismas a los comercios correspondientes cumpliendo con las normas establecidas por la Constitución Nacional, la Ley de Protección del Consumidor, ley 24240 Ver Texto (6) y el art. 1 ordenanza 1121

(ver "La tutela de los derechos de incidencia colectiva", por Julio César Rivera e hijo, LL, 7/3/2005)".

"Que a todo lo dicho, y atento la envergadura de la problemática aquí tratada, máxime en consideración que la acción aquí entablada tiene por objeto el derecho a la información de la ciudadanía, agrego -del modo más claro posible- las siguientes reflexiones en orden a la resolución del caso propuesto al tribunal. Éstas consisten en las siguientes cuestiones:"

Bajo el título: "Las incertidumbres", argumento que "en la actualidad, tanto en la comunidad científica como en la sociedad de los consumidores se debate respecto de las incertidumbres que resultan de la comercialización de los productos modificados transgénicamente, y estas dudas tienen por motivo la ausencia de información respecto de qué tipo de posibles riesgos podrían resultar a los consumidores de la ingesta de estos productos."

Luego en "Ingeniería Genética y Transgénicos", recordó que: "La ingeniería genética implica la inserción artificial de genes ajenos sobre los productos a ser consumidos, y es sabido que representa una importante alteración del control genético que existe en las células normales. Esta tecnología, en el estadio actual de su desarrollo, no se encuentra en condiciones de excelencia como para prever con absoluta claridad los efectos del transgén insertado y así poder predecir los resultados de la manipulación, incluyéndose entre sus posibilidades efectos eventualmente tóxicos, alergénicos o dañinos para la salud de alguna u otra manera."

"Las nuevas condiciones creadas por los avances científicos y tecnológicos arrojan inseguridad sobre el desenvolvimiento de muchos procesos causales."

"(...) el principio precautorio plantea a su respecto un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría estar particularmente atento (conf. Isidoro H. Goldenberg y Néstor A. Cafferatta, "El principio de precaución", JA 2002-IV-1442 , Lexis 0003/009138)."

"Agregó, analizando la legislación vigente en Argentina al respecto de los OGM que : "No se me escapa que la Legislatura de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ha sancionado la ley 579 Ver Texto en fecha 29/5/2003 (promulgación del 4/8/2003 y publicación del 25/8/2003, conf. Lexis Nexis LTDFLY 579) la que ya establece para todos los comercios expendedores de productos alimenticios y bebidas para consumo humano o animal tales como mercados, supermercados, hipermercados, autoservicios, quioscos, almacenes y afines, de la provincia, la obligación de poseer un listado emanado de la autoridad de aplicación que será entregado a cada uno de los mismos, en el cual se informe al consumidor los productos alimenticios para consumo humano o animal comercializados en la provincia que contienen, entre sus ingredientes, organismos transgénicos o derivados de los mismos, así como también un letrero que indique la disponibilidad de este listado."

"Dicho listado deberá encontrarse disponible para su consulta y anunciado mediante un letrero indicador, debe tener dimensiones específicas y debe ubicarse en un lugar visible dentro del local comercial, con la leyenda: "Alimentos elaborados con transgénicos: Listado disponible" o "Transgénicos: Listado informativo disponible" (conf. art. 7 Ver Texto)."

“De acuerdo con lo dispuesto por el art. 8 Ver Texto , los consumidores tendrán la facultad de exigir que se les muestre el listado y que el mismo se encuentre en condiciones óptimas; en caso de que no les sea proporcionado el libre acceso al listado o que éste se encuentre en malas condiciones, podrán denunciarlo ante la autoridad de aplicación, que deberá exigir que se regularice la situación a la brevedad, bajo la aplicación de las sanciones descriptas en la ley.”

“En materia de difusión, el art. 20 Ver Texto de dicha ley dispone que debe realizarse una campaña informativa respecto de la temática abordada en esta normativa dirigida a la comunidad en general, la cual debe hacerse pública dentro de los cuarenta (40) días posteriores a la aprobación de la ley, como máximo.”

“Preocupan, sin embargo, dos posiciones prácticamente opuestas en este terreno: la de quienes sostienen que, a partir de estos productos, se da un paso decisivo para paliar la hambruna mundial, y la de los que afirman que ellos traerán más problemas que soluciones en esta grave cuestión que involucra al futuro de la humanidad. Al respecto, no podría afirmarse que los transgénicos sean inofensivos, puesto que su inocuidad no ha sido probada hasta el presente. Según algunos estudios realizados, estos productos causan daño tanto a la salud como al medio ambiente. En la salud, el efecto se manifestaría en la aparición de alergias y resistencia a los antibióticos, como la penicilina. En el medio ambiente, ellos provocarían contaminación genética irreversible, eliminando variedades endémicas o silvestres. También en lo cultural, se afirma que ponen en peligro formas de cultivo milenarias, y en lo comercial, según fuertes denuncias en tal sentido, generarían dependencia de los agricultores de nuestros países hacia las transnacionales. Las empresas multinacionales que hoy en día dominan la producción de transgénicos, se hallaban originalmente especializadas en productos químicos y farmacéuticos, siendo muchas de ellas productoras de insecticidas, herbicidas y fungicidas. Estos importantes laboratorios transnacionales han procurado atender toda la cadena productiva de transgénicos, sea su cultivo, elaboración, o comercialización. Entre este tipo de empresas, encontramos firmas de la magnitud de Monsanto, Novartis, Aventi, Dupont y otras. Para quienes se sitúan decididamente en la segunda de aquellas dos posiciones antagónicas que mencionáramos antes, el objetivo de esas empresas en la investigación de transgénicos ha sido, básicamente, favorecer la venta de sus propios agrotóxicos (conf. Dino Bellorio Clabot, "Tratado de derecho ambiental", Ed. Ad-Hoc, 2004, t. II, ps. 113-118).”

“Por todo ello, coincido en que corresponde hacer lugar al mandamus y ordenar a dicha municipalidad que en el plazo de noventa (90) días a partir de la notificación de la sentencia, proceda a dar cumplimiento a la ordenanza 1121, exigiendo a los comercios habilitados a poner a disposición de los usuarios/consumidores un listado con la nómina de productos transgénicos, como así también un cartel visible que indique la disponibilidad de ese listado, y demás disposiciones vigentes. Así voto.”

“Por ello, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia resuelve: I. Hacer lugar al mandamus interpuesto por la Sra. Sofía A. Bordenave y la Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA.) a fs. 62/70 de las presentes actuaciones.”

“II. Ordenar a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche dé cumplimiento en el plazo de noventa (90) días a partir de la notificación de la sentencia, a la ordenanza 1121/2001 -sancionada el 7/5/2001 y ratificada por unanimidad por el Concejo Deliberante el 31/5/2001, en tanto la misma continúe vigente con la actual redacción-, exigiendo a los comercios habilitados a poner a disposición de los usuarios/consumidores un listado con la nómina de productos transgénicos, como así también un cartel visible que indique la disponibilidad de ese listado, y demás disposiciones vigentes”.

I

LAS DIFERENTES RACIONALIDADES DE LOS DISPOSITIVOS JURÍDICOS PARA EL GOBIERNO DE LOS RIESGOS

EL CASO: LOS OGM EN LA INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO AMBIENTAL

El caso enmarca el problema de los OGM en un sector de intersección entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental, especialmente, el microsistema de los daños al medio ambiente.-

En efecto, la postura de la amparista se remite claramente al derecho del Consumidor y su propuesta en ese campo se vincula con la observancia del derecho fundamental de los consumidores a la información consagrado en el art. 42 de la CN y del cual, la Ordenanza en cuestión constituye una derivación y un desarrollo.-

LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO PROBLEMA

En el campo del Derecho del consumidor, el problema de la incertidumbre científica ha sido estudiado bajo la idea de “Riesgos del desarrollo”.-

Los riesgos del desarrollo, como se los denomina en el campo del derecho del consumidor son los riesgos que conlleva el desarrollo científico y tecnológico aplicado a los productos y servicios.-

El problema para el derecho es cómo gobernar el problema de los riesgos del desarrollo.-

EVOLUCIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE GOBIERNO DE ESTOS RIESGOS

Es evidente que al cambiar los paradigmas regulatorios, vinculados a ciertas racionalidades, cambian también los dispositivos tecnológicos.-

Desde mi perspectiva un análisis acerca de cómo ha evolucionado la técnica jurídica de regulación de este tipo de problema puede ser resumida en cuatro etapas:

- a) regulación por el Derecho de Daños; es decir por el paradigma de la reparación y la prevención individual –que resulta del incentivo económico que produce la idea de culpabilidad;

- b) regulación por el Derecho de Daños welferista; que sustente la regulación de este tipo de problemas en una serie de dispositivos de prevención colectiva del daño producto de un proceso de publicisación de la técnica del cálculo actuarial;
- c) regulación por el Derecho del Consumidor; esto es, por el paradigma de la prevención a través del deber de información, proveniente de la vinculación de esta rama con el Derecho Administrativo;
- d) regulación por el Derecho Ambiental; que no es otra cosa que la regulación por el paradigma del derecho precautorio.-

LOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE GOBIERNO DE ESTOS RIESGOS

Lo que desde mi perspectiva resulta relevante retener es que cada una de dichas regulaciones emplea preferentemente distintos dispositivos tecnológicos para diseñar la arquitectura de la regulación, a saber:

- a) en el campo del derecho de daños se discute si se trata de una especificación de las eximentes de responsabilidad, concretamente del caso fortuito, que recibiría el nombre de “estado del arte”.-
- b) en el derecho del consumidor, se emplea el deber de información como herramienta de prevención de daños a los fines de regular este problema: el proveedor debe continuar su investigación y si descubre que el producto posee un defecto, debe informar al consumidor, al Estado y retirar el producto del mercado, de otra forma responde por haber causado daños mediante un producto defectuoso por defecto de información;
- c) en el derecho ambiental, el dispositivo tecnológico de gobierno de este tipo de riesgos es el principio de precaución.-

LA SEDIMENTACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS DE GOBIERNO

Conviene recordar aquí que lo anterior es solo a los fines analíticos pero que en el plano institucional dichos dispositivos de gobierno se entrecruzan y sedimentan, produciendo un consiguiente aumento de complejidad del sistema.-

II

LOS RIESGOS DEL DESARROLLO BAJO LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DE DAÑOS

LA EXIMENTE RIESGOS DEL DESARROLLO

La discusión que en dicho ámbito se plantea es si los riesgos del desarrollo constituyen una eximente de responsabilidad o no para los proveedores por los daños ocasionados a los consumidores.-

La discusión entonces es si construir una herramienta de gobierno del riesgo del desarrollo consistente en una eximente nueva y específica de al responsabilidad civil: la eximente estado del arte.-

EL DEBATE ACERCA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO

El problema de los riesgos del desarrollo fue una cuestión que inicialmente el derecho consideró que debía quedar regulada por el Derecho de Daños.

El debate que tuvo lugar tanto en el ámbito de la Unión Europea al redactarse la Directiva Comunitaria 85/374, como en la Argentina antes y después de la sanción de la ley Nº 24240, muestra la existencia de dos posturas cerradas y extremas en torno a cómo debe regularse el problema de los riesgos del desarrollo.

Ambas posiciones siempre extraen sus argumentos del contexto intelectual del Derecho de daños.

El problema de los riesgos del desarrollo en estos contextos intelectuales y técnicos, es si la regulación jurídica debe establecer la responsabilidad de las empresas por los defectos que no eran conocidos ni conocibles al tiempo de desarrollar el producto o servicio y comenzar a comercializarlo o bien, si esta circunstancia puede actuar como eximente de responsabilidad. En el derecho angloamericano muy gráficamente se suele llamar a esta eximente *state of the art*.

EL DEBATE DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO EN EUROPA

La Directiva Comunitaria 85/374 se ocupa de regular el problema de los riesgos del desarrollo en su artículo 7.

Allí establece como regla que los riesgos del desarrollo eximen de responsabilidad al fabricante.

En efecto, dedicada por completo al tratamiento de la cuestión de la responsabilidad por productos defectuosos, la Directiva regula los riesgos del desarrollo como una eximente de responsabilidad para el productor, en los siguientes términos: *"Art. 7: En aplicación de la presente directiva, el productor no será responsable si prueba:(...)b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera al momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera mas tarde.(...)e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto"*.

A pesar de ello, la misma Directiva transformó la cuestión de los riesgos del desarrollo en una materia *"disponible por los países de la Comunidad"*, al igual que lo hiciera con otras de sus disposiciones. En este caso particular, a través del *"Art. 15, 1,b.: b) no obstante lo previsto en la letra e) del Artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto"*.

En Europa a 1995, el cuadro de situación era el siguiente : Bélgica, RFA, Dinamarca, Francia, Grecia, Suiza, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Austria, Reino Unido, reglamentan los riesgos del desarrollo como una causa de eximición de responsabilidad del productor de bienes y servicios. Mientras que Luxemburgo, Finlandia y Suecia han sentado la regla contraria: los riesgos del desarrollo no eximen de responsabilidad al fabricante.

España, a través de la ley 22/1994 de 6 de Julio, ha sentado como regla la de la Directiva, esto es la no responsabilidad por riesgos del desarrollo, más con una importante excepción que establece en su *"Art. 6. Causas de exoneración de responsabilidad. 3. En el caso de medicamentos, alimentos, o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables de acuerdo con esta ley no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo"*. También es el caso de Alemania, que si bien adopta la excepción, la excluye en materia de medicamentos. Alemania, al igual que España, adoptan una solución intermedia moderada: mediante leyes especiales ha sentado que si bien los riesgos del desarrollo funcionan en general como una causal de eximición de responsabilidad, no lo hacen en materia de alimentos y medicamentos.

Por su parte Inglaterra reguló de forma particular el problema en la *Liability Act* de 1987 lo que motivó que se desatara un importante pleito al respecto (- Pablo S.Coderch y Josep Solé Feliu, "Brujos y aprendices. LOs riesgos de desarrollo en la resposanbilidad de producto", Ed.: Marcial Pons, Madrid, España, 1999.

El problema de la regulación de los riesgos del desarrollo presenta en la UE las mismas líneas argumentales que en los otros contextos nacionales, habiendo dominado el debate la racionalidad propia del derecho de danos.

EL DEBATE EN ARGENTINA SOBRE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO

El debate acerca de los riesgos del desarrollo queda de manifiesto en el conjunto de las Jornadas y Congresos en los que se ha abordado el tema.

Por orden cronológico el tema fue tratado en los siguientes encuentros:

a. IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil de 1986, Comisión 3.

Se decidió por mayoría que el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad del producto al tiempo del lanzamiento al mercado. En disidencia se estableció que "El elaborador no asume el riesgo del proceso científico posterior al lanzamiento del producto".

b. II Jornadas de Responsabilidad por productos fármaco medicinales, Morón, 1987.

Se concluyó que "No configura caso fortuito extraño a la actividad el denominado riesgo del desarrollo".

c. I Jornadas internacionales de estudiantes de derecho, Córdoba, 1992, Comisión 1.

"IV. Temas que deben ser cuidadosamente analizados en una futura legislación. 3. Atento al impacto que estas leyes producen sobre la economía general y el desarrollo tecnológico, debe resolverse expresamente quien soportará el "riesgo de desarrollo". Una solución transaccional podría ser la fijación de indemnizaciones limitadas."

d. Primeras Jornadas de derecho civil de Morón, 1994, comisión 2, "Daños al consumidor y al usuario".

"f) Riesgos de desarrollo: Los legitimados pasivos responden, en el régimen vigente, por los riesgos de desarrollo".

e. Séptimas Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1994.

"XIX. Debe entenderse por "riesgos del desarrollo" los daños causados por productos y/o servicios, que eran considerados inocuos al tiempo de su

introducción en el mercado, y que, posteriormente ponen de manifiesto su nocividad, (unanidad)XX-a) Si los conocimientos científicos y técnicos, no permiten descubrir la existencia del derecho al momento de la puesta en circulación del producto, se configura el caso fortuito, que libera de responsabilidad al fabricante (unanidad con excepción de la Dra. Venegas) b) El fabricante es responsable por los riesgos del desarrollo (Dra Venegas).XXI. La responsabilidad por los riesgos del desarrollo, debe ser distribuida entre toda la comunidad, a través de la implementación de seguros obligatorios y/o fondos de garantía. Estos mecanismos evitarán que los riesgos del avance tecnológico sean soportados exclusivamente por las víctimas o por las empresas que cumplieron al elaborar sus productos, con las normas acorde al avance científico de su época".

f. Jornadas Nacionales de Derecho Privado, Corrientes, 1994, Comisión 2.

"3.e. Despacho 1: Es atribuible al fabricante la responsabilidad por los riesgos del desarrollo. (Goldenberg, Moisset de Espanés, Pizarro, Arduino, Estigarribia, Cima, Cabrera, Venturini, Claps, Scirgalea, Almeida).3.f. Despacho 2: El fabricante no responde por los riesgos del desarrollo.(Lorenzetti, Lombardi)".

g. II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario, Rosario, 1994, Comisión 3.

"8. El fabricante es responsable por los riesgos del desarrollo".

Como puede verse, los riesgos del desarrollo, como temática individualizada, solo fue abordado por la doctrina argentina con carácter secundario, siempre en el contexto de la discusión del problema de la responsabilidad por productos elaborados en el marco del Derecho de Daños y del Derecho del Consumidor.

Por otra parte, la discusión al respecto, siempre estuvo dada por la cuestión acerca de la conveniencia o no de su regulación legal.

Concretamente, se trata de si los proveedores de bienes y servicios, específicamente los fabricantes, debían responder por los daños por ellos ocasionados, como si se tratase de un defecto de información más, o bien, si los mismos debían constituir una eximente para la responsabilidad de los proveedores.

El debate al respecto, reprodujo los argumentos y las posiciones en pro y en contra de su consagración como una causal de eximición de responsabilidad que sintetice mas arriba en este mismo estudio.

Finalmente, como ya anticipé, el Decreto Reglamentario de la ley N° 24.240, que lleva el número 1798/94, al regular el derecho a la información del art. 4 de la ley, amplía su letra para establecer expresamente la primer regulación expresa en el Derecho argentino sobre esta materia.

Es importante contextualizar este debate históricamente.

La ley N° 24.240 de defensa del consumidor fue sancionada en octubre de 1993 y reglamentada en octubre de 1994, y como puede observarse, los debates dogmáticos en torno a los riesgos de desarrollo tuvieron lugar hasta esa época, con posterioridad los congresos y reuniones de la dogmática dejaron de ocuparse directamente del problema.

Las líneas argumentales esgrimidas en estos encuentros pueden -como señalé-resumirse en dos posturas antagónicas que toman la gran mayoría de sus argumentos del sistema del Derecho de daños.

ARGUMENTOS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD POR LOS RIESGOS DEL DESARROLLO

En contra del establecimiento de la existencia de una responsabilidad por los riesgos del desarrollo se ha argumentado que:

- 1) si se establece la responsabilidad por los riesgos del desarrollo se creará un desincentivo para la investigación.
- 2) Se señala en contra del argumento de la asegurabilidad, que las compañías de seguro nunca van a elaborar pólizas que cubran este tipo de riesgos, pues no son calculables. En contra del argumento acerca de la difusión del seguro, se señala que al no ser conocido el riesgo no podría asegurarse.
- 3) También se argumenta que cómo se trata de riesgos inusuales, no puede organizarse un sistema de prevención adecuado.
- 4) Finalmente esta responsabilidad crearía un obstáculo para los productores, pues una responsabilidad como esta -objetivamente atribuible y no asegurable, con un sistema general de responsabilidad civil que sienta un principio de reparación integral- aumentaría excesivamente los costos de producción.
- 5) Por último, el argumento más fuerte desde la perspectiva del derecho positivo que lleva a la conclusión de que no se responde por los riesgos del desarrollo es que constituyen un caso fortuito (Art. 1113 Cód. Civ. Argentino), pues se trata de un hecho -el defecto- imprevisible (conforme el estado de la ciencia y la técnica) e inevitable.

A su vez, diversos argumentos se esgrimen a los fines de fundar la posición acerca de la responsabilidad de los fabricantes por los riesgos del desarrollo:

- 1) el fabricante tiene un dominio sobre la materialidad de la cosa. Es guardián en el sentido del artículo 1113 C.C. aunque haya dejado de ser propietario.
- 2) Debe -por tanto- aplicarse aquí la idea de riesgo creado: quien introduce un riesgo en la sociedad debe responder por los daños que genera (Art. 1113) o, en su defecto, por el denominado riesgo de actividad.
- 3) El establecimiento de una responsabilidad por riesgos del desarrollo generará una difusión del seguro: si existe responsabilidad objetiva por los riesgos del desarrollo los fabricantes contratarán seguros.
- 4) Los productos serán más seguros; una responsabilidad objetiva por los riesgos del desarrollo generaría un incentivo económico para que los fabricantes realicen todas las pruebas posibles y tomen todos los recaudos para que los riesgos del desarrollo no aparezcan. Además, colateralmente contribuye al desarrollo de la ciencia y de la tecnología.
- 5) No puede colocarse en cabeza de las víctimas las consecuencias económicas del riesgo del desarrollo cuando las empresas que los han producido se han beneficiado económicamente con ello.
- 6) Puede agregarse como argumento -incluso para el derecho positivo argentino del derecho del consumidor- que en los arts. 42 de la CN, arts. 4, 5 y 6 de la ley 24240 subyace una teoría de la calidad desde la cual es posible afirmar que los productos y servicios no pueden ser defectuosos.
- 7) Evidentemente las posturas progresistas en el campo del derecho de daños que participan de la difusión del principio *pro victimae*, entienden que debe existir una responsabilidad de los proveedores por los riesgos del desarrollo.

8) Este tipo de responsabilidad sería un mecanismo de socialización de los daños (Prieto Molinero, Ramiro J., "Riesgo de desarrollo e innovación tecnológica", Rev. Resp. Civil y Seguros, Año VII, N 4, abril de 2005, pág. 10. 2005)

9) Finalmente, en contra de la idea de que los riesgos del desarrollo constituyen un caso fortuito que rompe el nexo adecuado de causalidad, se argumenta que en realidad no se trata de una eximente propia de la responsabilidad objetiva sino de la responsabilidad por culpa y que, en consecuencia, no es suficiente para desviar la responsabilidad del proveedor. Esto es así pues la eximente *state of de art* solo permite acreditar que no ha habido culpa, en el sentido de negligencia, pues habiendo efectuado todos los estudios posibles conforme la ciencia indica, esa experimentación y vigilancia no han sido suficientes para descubrir el vicio, con lo cual queda acreditada la no culpa, que es suficiente para eximir de responsabilidad en el sistema de responsabilidad subjetivo incluso cuando existe inversión de la carga de la prueba de la culpa mas no, reitero, en un sistema que atribuye responsabilidades en forma objetiva como es el vigente en Argentina en materia de responsabilidad por daños a consumidores (conf. art. 40 L. 24240).

III

RIESGOS DE CUARTA GENERACIÓN BAJO LA RACIONALIDAD DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

LOS RIESGOS CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS TRATADOS MEDIANTE EL DEBER DE INFORMACIÓN

Este problema de los riesgos a los consumidores producidos por los riesgos del desarrollo ha sido trabajado en Argentina en el Decreto reglamentario de la ley 24.240 empleando como herramienta regulatoria el dispositivo del deber de información.-

LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO UN CAPITULO DE LA REGULACIÓN DE LOS DAÑOS A CONSUMIDORES (Estudio del artículo 4 del Decreto reglamentario de la ley Nº 24.240 y su relación con el debate en Brasil sobre los riesgos del desarrollo)

El panorama en torno a la regulación jurídica de los riesgos del desarrollo cambió a partir de la sanción de la ley Nº 24.240 y desde mi perspectiva, en particular, luego de la sanción del Decreto Reglamentario Nº 1798 de 1994.

Se trata de una segunda etapa en la evolución de la regulación del problema – luego de que fuera regulado por el derecho de daños anterior y posterior al estado de Bienestar.

Este Decreto fue objeto de numerosas críticas por la doctrina pues se sostenía que avanzaba sobre el texto de la ley.

Reglamentando el artículo 4 de la ley -que sienta la regla general en materia de información-, el Decreto introduce -a mi modo de ver- el problema de los riesgos del desarrollo.

El artículo 4 de dicho Decreto -como señalé- fue tomado del Código de defensa

del consumidor del Brasil (en adelante también CDC), artículo 10.1.

Es notable advertir como muchas de las disposiciones que trae el Decreto reglamentario de la ley argentina, son -además de la propias del texto de la ley 24.240- una traspolación de la normativa del Código de defensa del consumidor de Brasil (Ley. 8078/90), vgr. nuestro art. 7 del Dec. Reglamentario y el art. 35 de la ley brasileña, o nuestro art. 4 del Dec. 1798/94 y el art. 10, 1 párr.)

Para la dogmática brasilera esta norma puede ser interpretada como estableciendo un deber postcontractual de vigilancia y de información (LIMA MARQUES CLAUDIA, ANTONIO BENJAMIN, BRUNO MIRAGEN, "Comentarios ao Código de defesa do consumidor" T I, Ed.Rev. dos Tribunais, Brasil, 2003:215).

Para la doctrina brasilera cuando se trate de un producto como vgr. los medicamentos o alimentos que se encuentran fiscalizados por el Estado, el deber que establece la norma para el proveedor de informar al Estado, genera en la autoridad administrativa el "deber de aplicar las sanciones administrativas previstas en el Código de defensa del consumidor..." (Zelmo Denari, "Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteproyeto", Ed.: Revista dos tribunais, p. 172). En cambio, tratándose de productos que no se encuentran sujetos al control estatal, "no hay posibilidad de reparación preventiva, a no ser por iniciativa de la propia empresa a través del reconocimiento del producto defectuoso (recall)" (p. 172).,

Entre las normas de derecho comparado de influencia inmediata en la ley argentina, como se apuntó, se debe citar sin dudas dicho artículo 10 del CDC que señala que: *"El proveedor -no podrá colocar en el mercado de consumo, productos o servicios que sabe o deberá saber, que presentan alto grado de nocividad o peligrosidad para la salud o seguridad. 1. El proveedor de productos o servicios, que posteriormente a su introducción en el mercado de consumo, tuviera conocimiento de la peligrosidad que presenten, deberá comunicar inmediatamente le hecho a las autoridades competentes y a los consumidores, mediante anuncios publicitarios.2. Los anuncios publicitarios a que se refiere el párrafo anterior serán transmitidos por la prensa, radio y televisión, a cargo del proveedor del producto o del servicio.3. Siempre que tuviere conocimiento de la peligrosidad de productos o servicios para la salud o seguridad de los consumidores, La Unión, Los estados, el Distrito Federal y los municipios, deberán informarles al respecto".*

Es importante observar los argumentos que se han dado en Brasil en torno al problema de la regulación de los riesgos del Desarrollo en el CDC, dado que la norma argentina del artículo 4 del Decreto 1798 de 1994, tiene raíz en la regla del artículo 10 del CDC.

Dice el artículo 4 del Dec. 1798: "Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes".

Como anticipé, este artículo es idéntico al artículo 10 parágrafo 1 del CDC pero al no aclararse en la norma argentina que esto es para el caso de que el proveedor "sabe o debería saber" que el producto "presenta un alto grado de nocividad o de peligrosidad a la salud o seguridad" (como ocurre en Brasil), en

Argentina, la disposición transcrita claramente puede ser referida a los riesgos del desarrollo.

Así las cosas habría un argumento fuerte para señalar que no hay ninguna duda de que los riesgos del desarrollo no generan responsabilidad, salvo que se hayan transformado en defectos de información cuando el proveedor no ha informado que se ha descubierto que el producto es peligroso.

En Brasil, por contrario, la presencia en el acápite del artículo de la referencia antes transcrita a la existencia de una negligencia (debería haber sabido que era defectuoso), impide referir el resto de la norma, incluyendo por supuesto su primer párrafo, al ámbito de los riesgos del desarrollo, pues estos son aquellos que no podían conocerse empleando los conocimientos más avanzados a la época del lanzamiento al mercado.

Además, la dogmática consumerista de Brasil sostiene que la norma del artículo 12 que define al producto defectuoso, encierra una referencia al problema de los riesgos del desarrollo al señalar que el producto es defectuoso cuando no ofrece al consumidor la seguridad que éste legítimamente espera (inclinándose así por la idea de expectativas legítimas y dejando a un lado la idea del riesgo beneficio que es la otra posibilidad).

De este modo se señala allí que dichas expectativas legítimas deben establecerse tomando en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales figura: (...) "III. La época en que fue colocado en circulación".

Como dije, de esta regla alguna parte de la dogmática consumerista brasilera deduce que el estado del arte es una eximente de responsabilidad (- James J. Martins de Souza, "Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos", en Revista Direito do Consumidor, N° 6, Ed.: Revista dos tribunais, pag. 118 y sgtes.-).

Otros autores entienden que los riesgos del desarrollo constituyen defectos de diseño y que por tanto, generan en cuanto tales, responsabilidad (Benjamin, Antonio), tal como lo establece el artículo 12 parte final.

Se argumenta en esta línea que no se encuentra incluido (el riesgo del desarrollo) entre las eximentes del artículo 12 párrafo 3 (- ARRUDA ALVIM-THEREZA ALVIM, "Código do consumidor comentado", Ed.: Rev. dos tribunais, San Pablo, Brasil, 1995, pág. 63).

Para esta segunda línea de opinión no debe confundirse los riesgos del desarrollo con la hipótesis prevista por el art 12 párrafo 1 inc III. En esta hipótesis, el producto no es defectuoso, por corresponder a las expectativas de seguridad existentes a la época de su lanzamiento al mercado, lo que ocurre es que fue superado por un producto más nuevo, que posee mayor nivel tecnológico y conocimiento científico incorporado.

Por el contrario, en el caso del producto que presenta un riesgo del desarrollo se está objetivamente frente a un producto defectuoso, pero que no puede ser advertido pues el conocimiento científico disponible a la época del lanzamiento al mercado no lo permite.

Este debate muestra cómo se resignifica la norma que se presenta aislada en el Decreto Reglamentario de la ley N° 24240, en cuyo contexto puede ser interpretada como referida directamente al problema de los riesgos del desarrollo, mientras que en Brasil, claramente refiere al problema de la negligencia del

proveedor de bienes o servicios, en cuanto a su obligación de agotar los esfuerzos de investigación conforme al estado de la ciencia, para averiguar los efectos del producto o servicio antes de lanzarlo al mercado.

Por otro lado, el debate existente en Argentina antes y después de la sanción de la ley 24240 en torno a los riesgos del desarrollo muestra (al igual que el debate en la dogmática brasilera y europea) la impotencia del Derecho de Daños para tratar de regular al problema de los riesgos del desarrollo.

Por último, cabe apuntar que algo de lo que se encuentra establecido en el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1798 de 1994, fue dicho con anterioridad en el ámbito del Derecho Internacional. En efecto, la Res. 39/248, aprobada por la A.G. de O.N.U. en 16 de abril de 1985 establece que "11. Se deben adoptar medidas generales para que los fabricantes o distribuidores notifiquen sin demora a las autoridades competentes y al público, según proceda, la existencia de peligros no previstos de que se hayan percatado con posterioridad a la introducción de los productos en el mercado. Los gobiernos también deben estudiar los métodos para garantizar que los consumidores están debidamente informados sobre esos peligros."12. Los gobiernos deben adoptar, cuando proceda, políticas en virtud de las cuales, si se descubre que un producto adolece de un defecto grave y/o constituye un peligro considerable aún cuando se utilice en forma adecuada, los fabricantes y/o distribuidores deban retirarlo y reemplazarlo o modificarlo, o sustituirlo por otro producto; si no es posible hacerlo en un plazo prudencial, debe darse al consumidor una compensación adecuada."

Evidentemente la regla del Decreto Reglamentario 1798 y del CDC de Brasil se encuentran inspiradas en esta normativa.

Recapitulando: la regulación de los riesgos del desarrollo en la ley 24.240 muestra dos caras, por un lado la prevención a través del deber de información y, por otro, el funcionamiento de la reparación cuando la falta de información sobre el producto lo transforme en un producto defectuoso por defecto de información.-

Los riesgos del desarrollo como un problema de información

En fin, en Argentina los denominados riesgos de desarrollo, quedan regulados - como un caso especial de defecto de información- por las restantes disposiciones de la ley 24.240, que establece un auténtico sistema de responsabilidad por daños al consumidor.

Para señalar si un riesgo determinado corresponde o no a un riesgo del desarrollo, no cabe tener en cuenta la situación subjetiva de un proveedor en particular, sino que debe adoptarse una perspectiva de análisis objetiva o universal.

Esta norma del Decreto reglamentario constituye en un ejemplo más de la imposición concreta de un deber de información, pues en ella, se obliga a los proveedores a dar noticia de la circunstancia de la peligrosidad sobreviniente, tanto a la propia administración pública, concretamente, el organismo de contralor correspondiente, como así también a los consumidores en general mediante avisos publicitarios.

Acto seguido, la autoridad de contralor si existiese, deberá aplicar las sanciones

administrativas correspondientes.

A su vez, el sistema de daños a consumidores es tributario del Derecho de Daños en este punto pues, salvo las cuestiones que el microsistema regula de manera diferenciada respecto del sistema general, aquel se integra con los elementos del sistema en todo lo no previsto, vgr. en materia de relación causal y factores de atribución.

Esto no significa que el Derecho del Consumidor no haya hecho un aporte renovador en el campo del derecho de daños; por el contrario, responde a su espíritu reformista producir este tipo de aggiornamientos.

En particular, lo que la regulación consumerista ha aportado como herramienta regulatoria de este problema es la idea de trabajar con el deber de información del proveedor.

Evidentemente esto significa dar un paso hacia la regulación de los riesgos del desarrollo a través de un sistema preventivo.

No obstante, la solución sigue conviviendo con el debate anterior acerca de la atribución de responsabilidad o no por parte del sistema del Derecho de Daños hacia el proveedor por los riesgos del desarrollo. Con lo cual comienza a verse un proceso de sedimentación.

Derecho del consumidor a la información y OGM (la prevención del daño)

Veamos qué es lo que ocurre cuando esta problemática general de los riesgos del desarrollo en un caso concreto como es por ejemplo el de los Organismos Genéticamente Modificados (en adelante OGM).

Existe una estrecha vinculación entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental respecto de los OGM. Ambas ramas del sistema jurídico se ocupan del problema; en el caso del Derecho del Consumidor a través del sistema de reparación de daños, la construcción de los riesgos del desarrollo y el deber de información. Los OGM son como el Dios Janus, en tanto tienen dos caras, por un lado constituyen un problema para el medio ambiente y, por otro, paralelamente, representan un problema para la salud humana

La dogmática consumerista parte de la base de que es un derecho fundamental del consumidor detentar información adecuada (Art. 42 de la Constitución argentina, reformada en 1994), lo cual incluye la información sobre los OGM. Se trata de un mecanismo de prevención de los daños. A su vez, en el campo del derecho del consumidor esta prevención a través de la información es gestionada en ocasiones por los proveedores y en otras por el Estado.-

Al respecto ha escrito Claudia Lima Marques que "La crisis de la vaca loca en Europa mostró que la prevención de daños tiene una relevancia mucho mayor que la existencia de reglas estrictas de responsabilidad" (...) Es necesario repensar los instrumentos del derecho y reforzar la prevención" (Lima Marques, Claudia, "Organismos genéticamente modificados, información y riesgo de la "novel food": el derecho del consumidor desarticulado?", en Cuadernos do programa de pós-graduação em direito -PPGDir./UFRGS, Universidad federal de Rio Grande do Sul", Reflexoes jurídicas sobre o medio ambiente, Edição especial, Volume III, Núm. VI, maio, de 2005, pág. 105 y sgtes.)-

Para Claudia Lima Marques la prevención comienza por la información y es claro que el deber de información "incluye ciertamente la obligación de indicar si el

producto alimenticio es genéticamente modificado o producido a partir de elementos OGM o de animales alimentados por OGM" (Lima Marques, Claudia, 2005: 118).

La destacada profesora brasilera también reflexiona acerca de la relación entre prevención y reparación como tecnologías jurídicas diferentes para abordar esta problemática: "La cuestión principal en el derecho del consumidor, en nuestra época post industrial, que conoce una agricultura genéticamente modificada, no es más la de conocer el régimen agravado de responsabilidad civil por el hecho del producto, pero sí de saber si las reglas existentes son suficientes para desenvolver la prevención de daños y accidentes de consumo y de daños al medio ambiente causados por los OGM, así como de saber, además de eso, si esas reglas son eficaces en caso de accidente".

Otros autores también muestran que existe consenso acerca de la relevancia de ocurrir a la información y la prevención frente a este tipo de problemas: "No se puede admitir la liberación de productos genéticamente modificados para consumo sin que sus características sean divulgadas para el consumidor. Destáquese que no estamos refiriéndonos apenas a las informaciones acerca de riesgos que el consumo eventualmente pueda acarrear (vgr. relaciones alérgicas), pues presupónese que alimentos (transgénicos o no) solo pueden ser colocados a la venta si no causaren daños a la salud" (- Guillermo José Purvin de Figueiredo, "Consumo sustentable", en 1º anos da eco 92: o direito e o desenvolvimento sustentable", Antonio Hernán Benjamín, (Org. -Editor), 2002, p. 186 y sgtes.).-

Desde mi punto de vista la trazabilidad y la información son claves frente a problemas como el de los productos de origen transgénico.- Un paso adelante es recurrir a los dispositivos tecnológicos provenientes del paradigma precautorio.-

Regulación de los daños al consumidor y OGM (la reparación de los daños)

Para Claudia Lima Marques sería ideal que se sancionara una norma especial para la responsabilidad de los proveedores derivadas de OGM: "Actualmente la responsabilidad civil sobre el hecho de los OGM en el Brasil es una responsabilidad sobre el hecho de productos o servicios, basada en la violación del deber general de seguridad. La ley brasilera prevé la responsabilidad sin culpa en esos dos casos, en los artículos 12 a 14 en la ley 8078/90. En 2003, pedí la introducción en la legislación nacional de una norma de responsabilidad agravada sin culpa, especial para el hecho de los OGM, pues las reglas existentes sobre el hecho de los productos, basadas en el riesgo, pueden continuar siendo utilizadas, pero sería necesario, en mi opinión, una norma especial para los OGM, siguiendo el ejemplo de aquellas relativas a los medicamentos" (2005:114)

Esto se debe a que algunas reglas que existen en materia de responsabilidad por productos elaborados en el CDC son inadecuadas: a) la exclusión de responsabilidad del comerciante minorista; b) la exclusión de la responsabilidad por riesgos del desarrollo; c) la noción de consumidor que no se adapta a los OGM pues exige la existencia de un defecto para que surja la responsabilidad por productos; e) la definición de producto pues los OGM puede ser incluidos en productos o servicios

En Brasil, la comercialización de productos transgénicos está librada a la realización previa de un estudio de impacto ambiental acerca de la

comercialización de estos productos.

El problema tiene otras dimensiones que no deben olvidarse al tomar decisiones acerca de la regulación a establecer en este punto: “La introducción masiva de transgénicos en la agricultura brasilera no se puede dar sin un riesgo para la propia soberanía nacional en la elaboración de una política agrícola independiente” (Ghillerme, José Purvin de Figueiredo, 2002:209).

“El control de la producción de granos modificados genéticamente resulta una reducción de la soberanía de las naciones en desarrollo. La técnica de alteración genética de granos jamás será accesible a los agricultores de los países en los cuales los mismos serán plantados y los agrotóxicos aplicados” (Ghillerme, José Purvin de Figueiredo, 2002:210).

LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO DESDE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR: CRÍTICA FINAL AL REGIMEN LEGAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El Decreto Reglamentario N° 1798 colocó evidentemente el problema de la gestión de los riesgos del desarrollo en el marco de una obligación privada (pues recae en cabeza de los empresarios) de seguimiento y vigilancia del producto una vez que es lanzado al mercado, de seguir desarrollando investigaciones en torno al mismo y de informar cuando se supiera que el producto es defectuoso.

Evidentemente esto constituye un avance respecto de la regulación clásica del Derecho de Daños, que obedece a una racionalidad reparadora que resulta claramente inadecuada para gobernar este tipo de riesgo.

Pienso como la dogmática ius privatista, que en términos generales el deber de información y el derecho a la información, son instituciones que resultan adecuadas para regular una cantidad importante de problemas contemporáneos y, evidentemente, constituye un avance que amplía el abanico de las herramientas regulatorias del Derecho moderno.

No obstante, creo en primer lugar que no hay que depositar, toda la expectativa en el deber de información pues existen problemas adicionales que este no alcanza a resolver y en segundo término, creo en definitiva el éxito depende de cómo se reglamente este deber de información. Esta última cuestión aparece como particularmente compleja en los países latinoamericanos que poseen una gran diversidad de colectivos sociales que enfrentan posiciones muy diferentes frente a la información, no solo pues poseen muy diversos caudales de información sino también capacidades absolutamente distintas para procesar la información que los proveedores o el Estado brindan.

El deber de verificación y de investigación para después brindar la información se coloca en la regulación de la ley argentina en cabeza de los particulares con exclusividad. Es indudable que el Estado también debería invertir en investigaciones, no solo los particulares.

Por otro lado, el proceso de privatización vivido por Argentina en la década del noventa y en particular, el desmantelamiento de los cuadros técnicos del Estado argentino sin dudas llevará a que el Estado no tenga capacidad de evaluar y criticar los protocolos de información que brindan los empresarios, limitándose solo a aprobarlos automáticamente. A estas observaciones puede agregarse que en definitiva, lo que hace el Derecho del Consumidor es volver a colocar la

confianza en la ciencia con las críticas que esto podría tener en una época signada por la desconfianza en las posibilidades del conocimiento científico (Beck, Ulrich, "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Ed. Paidós, 1998). Se estableció un régimen de los riesgos del desarrollo a los que no se consideró como tales sino en cuanto defectos de información. Esta regulación puede ser también criticada pues se corre el riesgo de que los riesgos del desarrollo terminen sumergidos en la tendencia subjetivista que impregna la atribución de responsabilidad en materia de defectos de información que fue mostrada mas arriba en este mismo estudio.

A lo dicho debe agregarse que la norma se inscribe en la racionalidad privatizadora y de desmantelamiento del Estado que vivió Argentina durante la década del noventa con el agravante de que existe en Argentina una suerte de debilidad de los controles de los riesgos que se profundiza con el proceso de desmantelamiento de las capacidades instaladas de control producida durante al década del noventa, que impide una gestión eficiente de los riesgos desde el Estado. América Latina tiene fuertes problemas institucionales, por ello es necesario repensar las instituciones.

El recurso al deber de información como herramienta de prevención resulta insuficiente pues llega tarde; en efecto, no impide que se experimente con las personas que consumieron productos o servicios antes de saber que los mismos producían efectivamente danos a la salud.

Pueden hacerse las mismas críticas que a quienes sostienen que el Derecho de Daños tiene una función preventiva.

Es necesario identificar nuevos modelos regulatorios que puedan servir de guía para la nueva construcción jurídica que se ocupe de este tema.

En lo que sigue planteo si esta regulación superadora de la que ha realizado el Derecho del Consumidor puede ser la que se ocupa del problema ambiental. Para ello, primero analizo las relaciones y diferencias existentes entre el Derecho Ambiental y el Derecho del consumidor.

IV

RIESGOS DE CUARTA GENERACIÓN BAJO LA RACIONALIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL

En la argumentación de la sentencia emerge reiteradamente el principio de precaución como herramienta de gobierno del riesgo vinculada a situaciones de incertidumbre científica lo que es conectado con la idea de que los OGM constituyen una situación de incertidumbre científica.-

Pienso que es relevante diferenciar la racionalidad a la que obedece el principio precautorio de la que subyace en el campo del derecho del Consumidor y que en particular, lleva a emplear el deber de información como dispositivo para controlar este tipo de riesgos y que se emparenta mucho más con una racionalidad preventiva.-

DIFERENTES HERRAMIENTAS TÉCNICAS EMPLEADAS POR AMBAS

REGULACIONES

El Derecho de Consumidor posee importantes vinculaciones con el Derecho Ambiental.- Pero también poseen importantes diferencias.- Como adelanté el derecho ambiental es un derecho típicamente posmoderno –si es que la posmodernidad realmente existe- en tanto y en cuanto parte de la reflexión crítica acerca de la insuficiencia de la idea de sujeto de derecho moderno y de la de cosas susceptibles de apropiación a los fines de tutear el medio ambiente, mientras que el derecho el consumidor es claramente moderno (como lo es también el derecho de daños que emplea el Derecho del consumidor) en tanto y en cuanto la idea de sujeto de derecho moderna funciona plenamente.

El Derecho de daños y del Consumidor son modernos en su matriz epistemológica pues se basan en ideas tales como el individuo, el tiempo como tiempo lineal, la libertad de elección racional, la reparación de daños y la lógica contractual de atribución de bienes; aunque luego adicionan otras funciones al sistema de daños como la de prevención o admiten la existencia de sujetos de derecho colectivo, como vgr. hace la Constitución argentina cuando reconoce que las asociaciones de defensa del consumidor pueden hacer uso de la acción de amparo. Mi tesis en este punto es que el Derecho del consumidor constituye una reforma del Derecho moderno pero no implica una ruptura con el mismo sino solo una reforma. Por el contrario, el derecho ambiental es claramente un derecho que abandona este paradigma moderno o por lo menos procura evitarlo, por resultar directamente disfuncional a sus objetivos primarios. Es un derecho que no emplea la lógica de atribución contractual sino a través de la herencia intergeneracional; admite sujetos colectivos y futuros como las generaciones futuras; abandona la idea moderna del tiempo, vinculando directamente al futuro en las decisiones presentes; abandona la distinción moderna hombre/naturaleza para admitir la noción de una naturaleza tecnificada; admite la limitación de la ciencias; abandona la idea de causalidad adecuada; procura construir un sistema que asegure la precaución y la reparación en especie (recomposición). El Derecho del consumidor se construye desde lo individual a lo colectivo, mientras que el Derecho ambiental está pensado desde la perspectiva de lo colectivo en primer plano.

Estas diferencias -profundas por cierto- entre el modelo consumerista y ambiental legitiman que nos interroguemos acerca de la posibilidad de construir la regulación del problema de los riesgos del desarrollo a partir del paradigma ambiental lo cual importa directa e inmediatamente la aplicación al campo del derecho del consumidor del principio precautorio, tal como asuma en la argumentación que se efectúa en el caso que anoto. Puede afirmarse que el Derecho del Consumidor es preventivo de los daños que determinados productos pueden causar al consumidor. Así, por ejemplo, el deber de información, la regulación del problema de los riesgos del desarrollo, el hecho de que algunas normas sustenten que los productos no deben poner en peligro al consumidor (art. 5, Ley N° 24.240) son manifestaciones de que el derecho del consumidor persigue la prevención de los daños.

A raíz del proceso de pérdida de vigencia de la distinción entre lo público y lo privado, el Derecho de Daños comienza a cumplir una función preventiva que se posiciona al lado de su tradicional misión reparadora. La prevención del daño es

de fundamental importancia en toda la temática de los accidentes de consumo. Pero, en particular, cobra relevancia cuando enfrentamos un producto que posee una peligrosidad inherente (vgr. arma blanca), en virtud de ello nuestro legislador ha previsto en los Artículos 5 y 6 de la Ley N° 24.240 que se ocupa de este tipo de productos, un sistema preventivo a través de mandatos de prevención destinados al proveedor de los mismos. Ahora bien, ¿qué relación tiene esto con los productos defectuosos (o de peligrosidad adquirida)?: el punto de contacto está en que de no observarse estos mecanismos preventivos, (entre los cuales ocupan un papel central las informaciones brindadas en actos precontractuales como la publicidad o la oferta, con soporte material en el mismo producto a través de las etiquetas, embalajes, etc.), el producto se transformará en defectuoso por defecto de información. Este razonamiento, sumado a otros datos, es el que nos permite afirmar que, en las normas de los Arts. 4, 5 y 6 de la Ley N° 24.240, subyace una categorización o tipología de los productos y servicios defectuosos. En la prevención del daño debe jugar un papel central la Administración que debe procurar, mediante el dictado de reglamentaciones, mantener bajo control los riesgos de modo que no produzcan daños.- De aquí la importancia de que las oficinas administrativas de defensa del consumidor desarrollen una tarea significativa en punto a identificar y luego, difundir información en torno de productos que puedan tener una peligrosidad inherente.- Quizá la ordenanza de la ciudad de Bariloche debe ser inscripta en esta función de la cual constituye un desarrollo.-

Este dato debe ser tenido en cuenta también en los procesos de daños por productos elaborados, en los cuales, la violación de las reglamentaciones constituye una prueba de la negligencia del proveedor.-

Los temas desarrollados hasta aquí constituyen un sólido andamiaje conceptual que la dogmática consumerista ha venido desarrollando desde hace años.

Como adelantáramos, estas ideas conforman un sustrato del sistema normativo no solo pues son perfectamente compatibles con el mismo, sino porque además su presencia subyacente se deja entrever en varias normas de nuestro sistema de defensa del consumidor.

El Art. 5 se ocupa del deber general del proveedor de garantizar la seguridad de sus productos o servicios y el Art. 6, define a los productos o servicios con peligrosidad inherente exacerbada e indica los mecanismos de comercialización que debe observar el proveedor que garantiza la no producción de daños al consumidor

Este pasaje de una sentencia judicial grafica perfectamente esto que digo: "Habiéndose comprobado que el accidente que motiva la acción resarcitoria se produjo por una falla en una pieza del sistema de dirección del rodado del actor, la cual, dada la producción y/o tratamiento seriado de las piezas afectará a toda la serie o conjunto de piezas que tienen en común el material utilizado o bien el mismo proveedor o planta de tratamiento el peligro que ello representa para consumidores y usuarios torna procedente notificar la sentencia a la Secretaría de Industria y Comercio para que adopte medida de control para subsanar el defecto en futuras unidades a producirse (L.L.2002-A-860).

El derecho ambiental va mas allá: adopta el principio de precaución.-

La diferencia entre precaución y prevención es profunda; tanto en lo

epistemológico como en las consecuencias prácticas que importa construir una regulación desde uno u otro principio. En efecto, la prevención parte de la base de que el riesgo es conocido y que existe una posibilidad cierta de que ocurra; existe una relación causal adecuada entre el defecto y el daño –aunque se admita al mismo tiempo una flexibilización de la idea de causalidad a favor de una causalidad probabilística, mucho más adecuada a la tarea que efectúa a investigación científica contemporánea; en cambio, el principio de precaución parte de la base de que el riesgo no puede ser conocido científicamente, es decir, no se sabe si existe o no; en otras palabras no puede establecerse una relación causal desde el punto de vista científico, ni siquiera probabilísticamente; de allí que los autores hayan gráficamente señalado que en la prevención el daño es probable mientras que en el principio de precaución el daño es posible.-

También es diferente la forma en como se relacionan con el tercer sector, esto es, las ONGs, es muy diferente en el derecho del consumidor y en el campo del Derecho ambiental. Es mucho más fuerte y comprometida, al menos en los países del tercer mundo en el campo de la defensa ambiental: “Como socio del Poder Público, el tercer sector podrá ejercer una fuerte influencia en la reversión de esos patrones, a través de una publicidad en defensa del consumo ecológicamente equilibrado” (Ghillerme,2002: 218). Es diferente la intensidad de la propuesta de democratización en el control y en la toma de decisiones en ambos campos. En una palabra la potencia del derecho a la participación es claramente distinta en el campo del consumo que en el sector ambiental. La denominada fiscalización ambiental y la propuesta de participación en esta tarea de los pueblos originarios es un ejemplo de ello.

LOS RIESGOS DEL DESARROLLO DESDE EL DERECHO AMBIENTAL: ¿ES POSIBLE APLICAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN?

Si lo que se pretende hacer es explorar las nuevas posibilidades regulatorias que trascienden el antiguo Derecho de Daños en lo tocante a la regulación por el Derecho de los riesgos del desarrollo, es imprescindible analizar hasta qué punto es posible la integración (en el sentido del principio de integración del derecho ambiental), es decir, la expansión o la toma de consideración en otros campos de necesidades ambientales.-

Si se razona que el umbral regulatorio que proporciona el Derecho del consumidor para dar cuenta del problema de los riesgos del desarrollo es insuficiente, un camino puede ser recurrir al modelo ambiental.-

Pienso que fundamentalmente la pregunta por el “modelo ambiental” se justifica pues en dicho ámbito es donde se ha desarrollado el principio de precaución como eje regulatorio. Y además de ello, luego ha ocurrido que este principio de precaución no se ha expandido aún al derecho de daños en general en su funcionamiento práctico cotidiano.- “En el derecho francés por lo menos, la incidencia del principio de la precaución continúa produciendo efectos limitados. Hasta el presente momento, el principio de precaución no amplió el ámbito de la responsabilidad civil. De hecho, en lo que concierne a los productos defectuosos, nuestra legislación excluye la responsabilidad del fabricante, si este consigue probar que al momento de la introducción del producto en el mercado, el nivel de conocimiento científico y técnico disponible no le permitía vislumbrar la existencia

de posibles defectos” (Cristine Noiville, “Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno del principio de precaución”, Gobierno de los riesgos, Brasilia, 2005, pág. 75/76).- En efecto, el principio de precaución se encuentra limitado en su funcionamiento al microsistema de los Daños al medio ambiente, donde rige plenamente y sin discusión, pero no en el núcleo del sistema de la responsabilidad civil; en fin, aunque se afirme la polifuncionalidad del derecho de daños, su fisonomía actual –que no es otra que la de un sistema con microsistemas ubicados en leyes especiales, vgr., la ley general del ambiente, la ley de defensa del consumidor, la ley de fideicomiso, de residuos peligrosos, etc.- Señala Antonio H. Benjamín “la transición del paradigma de la reparación para el de la prevención, todavía, se mostró insuficiente. Es necesario, entonces, un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución (...) La precaución distingue el Derecho Ambiental de otras disciplinas jurídicas tradicionales, que en el pasado, sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente – especialmente el Derecho Penal (responsabilidad penal) y el Derecho Civil (responsabilidad civil) – por que estas tienen como prerequisites fundamentales “certeza” y “previsibilidad”, exactamente dos obstáculos que la norma ambiental, con la precaución, procura abandonar” (Benjamín, Antonio H., 2001:57-78).-

Incluso en el ámbito ambiental también se ha previsto y regulado el problema de los riesgos del desarrollo (...), lo que mostraría que no se trata de una aventura sin sentido preguntarse y teorizar acerca de si los riesgos del desarrollo no deben ser regulados a partir del paradigma ambiental.

La pregunta podría ser formuladas de diferentes formas

a) puede exportar el Derecho ambiental el principio precautorio al campo del Derecho del Consumidor y del Derecho de daños?; cuáles son las dificultades que dicha exportación o expansión puede enfrentar? (esta pregunta asume como un insumo la realidad argentina en la cual: a).- la ley nacional del ambiente establece en su artículo 4 entre los principios ambientales el principio de precaución; b).- la ley de defensa del consumidor (N. 24240) recoge la problemática de los riesgos del desarrollo; y c).- el Derecho de Daños tiene, aún en la configuración actual, un objetivo esencialmente reparador)

b) el problema también podría ser planteado en otros términos; la regulación que el Derecho del Consumidor establezca en materia de riesgos del desarrollo debe considerar los valores ambientales?; esta segunda forma de plantear el asunto importaría partir de la base del principio de integración o congruencia ambiental (como lo llama la ley argentina), con lo cual sería el mismo Derecho ambiental el que estaría proporcionando la plataforma para el funcionamiento del principio precautorio en la materia y no el Derecho del Consumidor

c) finalmente, una tercera posibilidad, es plantear la existencia de un nuevo derecho que regule lo vinculado a la salud humana y sus relaciones con las nuevas tecnologías.-

Una consideración adicional: todas estas formulaciones parten de la base de haber descartado previamente la estrategia de algunos juristas progresistas consistente en transformar el Derecho de Daños en una regulación polifuncional en la que conviven: reparación de los daños, prevención en sentido propio y precaución por entender que en verdad, lleva a una profunda incoherencia

sistémica y enfrenta un valladar epistemológico infranqueable que no puede ser superado sin sacrificios.

Uno de los argumentos que emplean los juristas favorables a la polifuncionalidad es precisamente que el Derecho Ambiental admite el principio de precaución, con lo que se produciría una segunda colonización (la primera es la que sufre el Derecho del consumidor por parte del Derecho de daños y de la teoría del contrato) por parte del Derecho de Daños al Derecho Ambiental.

Todo este proceso que describo conduce como resultado final a aquel que muestran los debates en torno a si los riesgos del desarrollo constituyen una exigente de responsabilidad o no.

Responder a la pregunta inicial exige un cierto ejercicio previo de aproximación.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Una noción del principio de precaución

La Declaración de Río/92 ha dicho al respecto: “De modo de proteger el medio ambiente, el principio de precaución debe ser ampliamente observado por los estados, de acuerdo con sus capacidades. Cuando exista amenaza de daños serios o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debe ser utilizada como razón para postergar medidas eficaces y económicamente viables para prevenir la degradación ambiental”.-

El principio de precaución puede ser definido teniendo en cuenta sus elementos constitutivos. Conforme este principio del Derecho ambiental, frente a un peligro grave o irreversible (primer elemento) que se produce en una situación de incerteza científica (segundo elemento), existe cierta probabilidad de un daño (tercer elemento), por lo que se debe recurrir a una decisión proporcional (cuarto elemento), es decir, no excesiva -observada desde el punto de vista de las consecuencias económico sociales que genera- que procure evitar las consecuencias del daño-. Esta última afirmación me permite realizar una disgresión explicativa que se vincula con la problemática de las funciones del Derecho de Daños; en efecto, el resultado de una decisión prudente que produce la aplicación del principio de precaución, hace a la función preventiva del derecho de daños, lo que demuestra que no se trata de una tercer función, sino de una variante de la prevención que se da frente a la incerteza científica del daño.

Si bien los autores repiten continuamente que la causalidad jurídica es diferente de la causalidad material o física, el funcionamiento del sistema pericial en los procesos de daños y perjuicios muestra que resulta esencial la opinión de los expertos para determinar si un daño debe ser indemnizado o no.

Es un principio que propone que se tomen acciones (u omisiones) , que se actúe aunque no se tenga certeza científica acerca del daño.

Esta falta de certeza ha hecho que algunos críticos del principio, como recuerda Cristine Noiville, hayan señalado que se trata de un principio “anticientífico”. Esta crítica pone en cuestión la relación del principio con el conocimiento científico.

No se trata de un principio que funcione irracionalmente o a-científicamente, sino que, por el contrario, “permite la introducción de la ciencia en el ámbito de la decisión en la esfera pública” (Cristine Noiville, 2005:. 57).

“De ello resulta que, contrariamente al discurso dominante, la necesidad de rigor científico consustancia el principio de precaución

“En realidad cuando el juez considera que el principio de precaución fue ignorado, en la mayor parte de las veces la autoridad hace un análisis científico superficial de los riesgos en causa (...) El principio de precaución no aparta, al contrario aumenta la necesidad de un procedimiento científico”

Se exige que el riesgo esté suficientemente documentado. Que se trate de un riesgo plausible. Con lo cual, la relación íntima que la precaución guarda con el conocimiento científico es evidente.

Se trata de la posición que ha sido calificada como “intermedia” en relación al principio de precaución que “...subordina la utilización del principio de precaución a la existencia de un riesgo científicamente creíble, admitido como plausible por parte significativa de la comunidad científica” (Ana Carolina Casagrande Nogueira, “O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro”, Antonio Hernan Benjamín (Dir-Editor), 2002, pág. 292).

Una segunda crítica explica Noiville es que “llevaría estructuralmente a exclusión de todo o cualquier riesgo” (2005: 65). Conduce a la teoría del “riesgo cero”, es decir que ante la menor sospecha de que la actividad pueda ser dañosa para el hombre o el medio ambiente debe adoptarse la moratoria o la abstención definitiva. Con lo cual la precaución genera altos costos económicos “Se critica esta concepción como irrealista y peligrosa, pues amenaza con conducir a una paralización total de la actividad económica” (Ana Carolina Casagrande Nogueira, 2002:291). Si en la administración es autónoma y tiene discrecionalidad para decidir frente a un riesgo, toda decisión debe observar el principio de proporcionalidad. En relación al riesgo alegado.

Conforme Noiville el principio de proporcionalidad exige dos cuestiones: a) por un lado que la medida no sea definitiva y pueda ser revisada sobre la base de haberse adquirido nuevos conocimientos científicos; b) por otro que la toma de decisiones en torno al riesgo no lleva al “riesgo cero”, es decir, que la aplicación del principio de precaución no acarrea siempre y necesariamente la prohibición (de comercializar un producto, por ejemplo), sino que deben ponderarse las ventajas y desventajas de tomar determinada decisión, lo que seguramente llevará a correr ciertos riesgos. De esta forma resulta claro que el principio de precaución no conlleva decisiones que no contengan alguna cuota de riesgo social.

La finalidad preventiva

A raíz del proceso de pérdida de vigencia de la distinción entre lo público y lo privado, el Derecho de Daños comienza a cumplir una función preventiva que se posiciona al lado de su tradicional misión reparadora. La prevención del daño es de fundamental importancia en toda la temática de los accidentes de consumo. Pero, en particular, cobra relevancia cuando enfrentamos un producto que posee una peligrosidad inherente (vgr. arma blanca), en virtud de ello el legislador argentino ha previsto en los Artículos 5 y 6 de la Ley N° 24.240 que se ocupan de este tipo de productos, un sistema preventivo a través de mandatos de prevención destinados al proveedor de los mismos. Ahora bien, ¿qué relación tiene esto con los productos defectuosos (o de peligrosidad adquirida)?: el punto de contacto está en que de no observarse estos mecanismos preventivos, (entre

los cuales ocupan un papel central las informaciones brindadas en actos precontractuales como la publicidad o la oferta, con soporte material en el mismo producto a través de las etiquetas, embalajes, etc.), el producto se transformará en defectuoso por defecto de información. Este razonamiento, sumado a otros datos, es el que nos permite afirmar que, en las normas de los Arts. 4, 5 y 6 de la Ley N° 24.240, subyace una categorización o tipología de los productos y servicios defectuosos.

En la prevención del daño debe jugar un papel central la Administración que debe procurar, mediante el dictado de reglamentaciones, mantener bajo control los riesgos de modo que no produzcan daños.- De aquí la importancia de que las oficinas administrativas de defensa del consumidor desarrollen una tarea significativa en punto a identificar y luego, difundir información en torno de productos que puedan tener una peligrosidad inherente.-

Este dato debe ser tenido en cuenta también en los procesos de daños por productos elaborados, en los cuales, la violación de las reglamentaciones constituye una prueba de la negligencia del proveedor.- Esto es ampliamente aplicable a nuestro medio.-

Diferenciar prevención y precaución

Néstor Cafferatta e Isidoro Goldemberg sostienen en este sentido que el principio de precaución constituye "un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentada en la función preventiva a fin de neutralizar la amenaza de daños". Esta circunstancia de que el fundamento de ambos principios sea la idea de evitar que el daño ocurra, hace que la distinción de ambos principios "pueda ser considerada todavía frágil" (Ana Carolina Casagrande Nogueira, 2002:291). Por ello es necesario esclarecer la utilidad práctica de trazar esta distinción " (Ana Carolina Casagrande Nogueira, 2002: 291) "Esto porque aunque se admita que se trata de principios distintos, no existe como negar que las nociones de precaución y prevención tienen fundamentos y objetivos muy próximos, aconsejando la adopción de medidas de naturaleza semejante" (Ana Carolina Casagrande Nogueira, 2002:291).-

Sin embargo, la dogmática del Derecho de daños diferencia prevención y precaución en el hecho de que el principio de prevención del daño debe actuar cuando estamos frente a un daño cierto y probado conforme al conocimiento científico disponible; existe un "riesgo de daño" (Ana Carolina Casagrande Nogueira, 2002:291), es decir un daño probable; en cambio, el principio de precaución actúa cuando estamos frente a un peligro potencial o " riesgo potencial", es decir, en una situación de incerteza (Cafferatta, Néstor, "Responsabilidad civil por daño ambiental", en Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Meza, "Tratado de responsabilidad civil", Ed.: La Ley, 2004).-.

En otras palabras, la prevención parte de la base de la existencia de una relación causal que se encuentra probada, mientras que el principio de precaución opera cuando no puede establecerse esa relación causal (Andorno, Luis).

De todas formas, esta línea de pensamiento entiende que el Derecho de daños es polifuncional.

La Ley Nacional del ambiente N° 25.675 que fuera sancionada el 6 de noviembre de 2002, define al principio de precaución entre los principios ambientales que,

conforme establece, cumplen la función de que "la interpretación y aplicación de la presente ley y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios (...) Principio precautorio. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

La estrategia de integración/coordinación

El principio de integración o de congruencia, como lo llama nuestra ley general del ambiente, en virtud del cual reglas y principios establecidos en el ámbito del derecho ambiental, deben ser respetados por el resto de las regulaciones, lo que lo transforma en una rama jurídica con vocación expansiva; por ello mismo, este principio sería capaz de propulsar la construcción de soluciones ambientales en otras partes del sistema jurídico ya existentes, como la de los riesgos causados por productos pero, como se ha visto, el monopolio por parte del Derecho de Danos primero y por el Derecho del Consumidor después, de la racionalidad regulatoria en esta materia ha hecho que el principio referido carezca de incidencia. Además esto también es así desde un punto de vista formal, pues la ley N° 24.240, en su artículo 3 dice que se integra con otros cuerpos normativos pero no con la ley ambiental.

La regla de coordinación en realidad ha sido pensada para legislaciones futuras, no para legislaciones ya dictadas. Además, solo podría servir para resolver sobre decisiones que, tomadas en el campo del derecho del consumidor, pongan en peligro el medio ambiente pero no para que se aplique el principio de precaución para riesgos que requieren decisiones que pueden perjudicar la salud de los consumidores.

Con este razonamiento descarto la formulación que en el punto I b) de esta segunda parte he dado al problema.

V

UNA AGENDA REGULATORIA PARA LOS RIESGOS DE CUARTA GENERACIÓN

LA NATURALEZA HÍBRIDA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO ESTRATEGIA REFUNDADORA

La modernidad que consagró como única forma de conocimiento válida a la ciencia moderna, compartimentada en diversas ramas, ha permitido la proliferación de los híbridos; que se reproducen gracias a que la modernidad solo prestó atención a los polos de los humanos y de los no humanos, pretendiendo reducir todos y cada uno de los problemas a uno de dichos dos campos (Latour, Bruno,).-

En otros trabajos anteriores he mostrado cómo las fuerzas sociales que apoyan un proyecto individualizador emplean como estrategia para introducir instituciones jurídicas funcionales a dicho programa, la estrategia de la hibridación (Sozzo, Gonzalo, “La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual”, Rev. Isonomía, ITAM, México DF, N° 23, oct. De 2005, pág. 145).

Desde mi perspectiva una estrategia viable para repensar el problema podría ser considerar que los riesgos del desarrollo son un híbrido, que no reconoce provenir del Derecho de daños, del derecho ambiental, ni del derecho del consumidor y que puede, eventualmente, poner en peligro el medio ambiente o directamente la salud del consumidor.

Es decir, simplemente como una situación social problemática que debe ser abordada por la regulación jurídica.

De esta forma convertimos la estrategia hibridadora en una herramienta para un proyecto progresista.

Esta perspectiva se centrará en la consideración de los problemas mas que en los temas. La ausencia hasta ahora de este punto de vista que parte de los problemas lleva a debates ineficientes del mismo problema, ya que es analizado por diferentes especialistas de diferentes sectores del campo jurídico sin que exista comunicación entre los argumentos y resultados a los que llegan unos y otros.

Por otro lado, es bastante evidente que lo que en el ámbito del derecho ambiental se trabaja como el problema de los OGM, y que también es analizado y teorizado en el sector del Derecho alimentario y en el campo del Derecho agrario, se vincula con lo que en el derecho del Consumidor se denominan riesgos del desarrollo.

No se debe confundir esta propuesta con señalar que el derecho de daños tiene sus avances en el campo de su parte especial; serán los problemas, no los casos especiales los que harán avanzar el Derecho de Daños.

Este enfoque transversal tiene ventajas adicionales: permite el diálogo transdisciplinario dentro del campo jurídico, sin generar resistencias sectoriales y visiones parciales; que un problema pueda ser teorizado y regulado luego disponiéndose como caja de herramientas de toda la riqueza que el conjunto de la Teoría del Derecho es capaz de aportar.

Se evita por este camino el problema del planteo bajo la forma en que fue mostrado en el punto l.c). de esta segunda parte.

LA ESTRATEGIA DE CONSIDERAR A LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO UN PROBLEMA POLÍTICO

Pienso que el problema de la decisión frente a los riesgos no puede ser planteado en términos de insuficiencia de la respuesta técnico/jurídica, frente a lo cual la respuesta adecuada vendría dada por la política.

Este argumento que postula incluir el problema de los riesgos del desarrollo y los problemas ambientales exclusivamente en la agenda política no es necesariamente autónomo, en el sentido de funcionar desplazando al argumento que postula regular el problema mediante el Derecho.

Creo que la idea puede ser criticada; en primer lugar, existe una gran contradicción en el planteo ya que parte de la falacia moderna de que el Derecho

es ajeno al ámbito de la política, con lo cual, no queda lugar sino para pensar que entiende al derecho como una ciencia. Luego, una segunda crítica posible es que cuando hace referencia a la política, lo hace en forma sumamente imprecisa y vaga, lo que da lugar para muchos pensamientos.

Pienso que el derecho tiene un componente político primario y que este aporta que ha hecho fundamentalmente la Teoría crítica al estudio del derecho, puede ser empleado dándole una función reconstructiva de la regulación jurídica; al mismo tiempo, pienso que el derecho debe recuperar la creatividad perdida, en el sentido de jugar un rol relevante en la refundación y rediseño de las instituciones sociales como la política y el sistema democrático de gobierno (UNGER, ROBERTO MANGABEIRA, "What should legal analysis become, ed.: Verso, Londres, 1996) por ello hay que ser concientes que las propuestas que se hagan en este tema producirán un efecto reformista del Estado. Por esto no concuerdo con la estrategia.

Sí en cambio creo que debe propulsarse el diálogo social. Por ello, dotar de instancias democráticas de decisión al campo jurídico me parece una tarea impostergable. Estas instancias de decisión democrática deben garantizar el Derecho a la participación de las minorías y los grupos más desfavorecidos; este es un aspecto clave en Argentina.

LA ESTRATEGIA PREVISIONAL

Algunos autores proponen regular el problema de los riesgos del desarrollo y ambientales como un problema de seguridad social (que es una colonización sobre la que no me he detenido en este trabajo), es decir llevar la cuestión hacia un dispositivo de prevención colectiva cuasi estatal.

Pienso que esta posición presenta algunos flancos realmente criticables: en primer lugar, propone como salida al sistema de reparación de daños que conviva con un sistema de no reparación; en Argentina intentos semejantes como el que tuvo lugar en el campo de los accidentes de trabajo a partir de la década del 90, llevaron a la no reparación de los daños; por otro lado, el Estado se haría cargo, en esta lógica, de financiar un fondo para la atención de las víctimas de los riesgos del desarrollo, con lo cual se publicitaría una deuda privada.

Por el contrario, estimo que una herramienta regulatoria adecuada puede ser la constitución de un fondo obligatorio al cual deben contribuir las empresas que integran un mercado de productos cuyos riesgos son inciertos, para afrontar la eventual reparación de los daños a las víctimas futuras.