

# Consideraciones sobre el efecto social de la innovación científica y algunas de sus consecuencias en la responsabilidad civil.

RENZO MUNITA MARAMBIO\*

Abogado (UCSC),

Magíster y doctorando en Derecho Privado,

Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia.

Profesor becario de Derecho Civil,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

**RESUMEN:** Nadie duda que las transformaciones producidas a raíz de los avances científicos y técnicos deben estar guiadas a mejorar la condición del hombre y a afianzar su libertad (parte III, N°s 4 y 5)<sup>1</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en ciertas situaciones los fines mencionados no se concretizan, y el anhelado bienestar no es más que una utopía. Sea por los daños producidos a consecuencia de una innovación imprudente, sea en razón de la posición en extremo riesgosa a la que se expone a las comunidades producto de un desarrollo ambicioso. Es bajo estos supuestos que la responsabilidad civil evoluciona constantemente. Por otro lado, estamos persuadidos en que cada sistema jurídico y su complejidad inherente, constituye más bien una respuesta a las interrogantes planteadas por las sociedades, generadas a consecuencia del desarrollo de las artes y de su impacto en la comunidad. Es por ello que el Derecho de la responsabilidad civil no puede observar marginalmente o como un simple espectador un problema social contingente, a saber: los daños o las eventuales consecuencias dañosas derivadas de los avances científicos, lo que dicho en términos jurídicos corresponde **a la integración del riesgo y de las incertidumbres derivadas de la innovación** y del desarrollo tecnológico dentro de las fronteras del instituto resarcitorio.

\*\*\*\*\*

## Introducción

1.- A medida que los avances científicos y tecnológicos se apoderan del escenario de la innovación, la multiplicación de los riesgos y el velo de la inseguridad

\* Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

<sup>1</sup> L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, *Los riesgos del desarrollo una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español*, Ed. Reus, Colección Derecho de Daños, Madrid, 2010, p. 28.

impactan a la población provocando nuevas interpretaciones de las herramientas disponibles o derechamente **cambios en los modelos de resarcimiento**. Dejamos claro que nuestro objetivo de ninguna manera consiste en apuntar al avance tecnológico como una suerte de producción diabólica de nuestro tiempo, por ningún motivo. Es más, mucho le debe la especie humana a la ciencia y a la tecnología. Innumerables son las mejoras en la calidad de vida de los individuos que están íntimamente ligadas a determinados focos de explotación tecnológica. El transporte de hidrocarburos, medicamentos, vacunas, transfusiones de sangre, demuestran lo expresado y por cierto constituyen puntos que trataremos a lo largo de nuestro análisis. Sin embargo, no debemos dejar de reconocer que una parte trascendente de la naturaleza del desarrollo científico está compuesta por el carácter incierto de las consecuencias dañosas de una investigación sin fronteras, en ocasiones imprudente. De aquí que pueda colegirse que así como el hombre está a la cabeza de innumerables prodigios, también se encuentra en la base de daños catastróficos. Siguiendo a la profesora G. SCHAMPS apuntamos: *"Focos de peligro muy diversificados han aparecido durante el curso del siglo XX, en numerosos dominios: los transportes por tierra, aire, mar, de personas, de bienes, de mercaderías, peligrosas o de hidrocarburos, de conducción de gas, agua, electricidad (...), la explotación de energía nuclear, eléctrica o mecánica, el envío de equipos al espacio, la utilización de sustancias químicas, bacteriológicas, explosivas o de otra naturaleza, los productos defectuosos, las transfusiones de sangre, la administración de hormonas, las vacunas, las investigaciones o experimentaciones biomédicas, las manipulaciones genéticas, las biotecnológicas, etc."*<sup>2</sup>.

2.- Así, muchas de las actividades que son realizadas por el hombre en sociedad corresponden a manantiales potencialmente dañosos, respecto de los cuales el Derecho de la responsabilidad debe encauzarlos comprendiendo dentro de sus fronteras al daño ambiental, al producido por medicamentos e incluso al riesgo del desarrollo<sup>3</sup>, los cuales siendo injustos exigen en correspondencia una adecuada reparación. A consecuencia de lo anterior, *"las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico"*<sup>4</sup>. De aquí que los ordenamientos jurídicos demuestren como el Derecho ha sido y es constantemente impactado por la mutación de prismas de reflexión generados a consecuencia del maquinismo del siglo XIX y del devenir científico de los siglos XX y XXI, viéndose impulsado a observar una ajustada adecuación a los tiempos actuales y a evolucionar en atención a nuevos focos generadores de daños, nuevas figuras resarcibles y nuevos enfo-

<sup>2</sup> G. SCHAMPS, "La mise en danger: Un concept fondateur d'un principe général de responsabilité", LGDJ, Paris, 1998, p. 4.

<sup>3</sup> Respecto de aquellos autores que no lo consideran como válido mecanismo de exoneración de responsabilidad.

<sup>4</sup> F. TRIGO REPRESAS et M. LÓPEZ MESA, *Tratado de La responsabilidad civil*, T. I, cap. 1 pág. 119, Ed. La Ley, Bs. Aires, 2004.

ques de conexión entre el perjuicio y su origen, que por cierto van bastante más allá de la teoría del riesgo defendida en Francia por L. JOSSERAND<sup>5</sup> y R. SALEILLES<sup>6</sup> a fines del 1800.

3.- Bajo esta lógica, y tal como intentamos demostrar en un anterior trabajo, los factores de la responsabilidad civil han experimentado notables desarrollos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia<sup>7</sup>. En efecto, nuevos regímenes especiales y objetivos de responsabilidad han visto la luz en diversos dominios, entre otros: productos defectuosos, responsabilidad médica (infecciones intrahospitalarias y defectos en productos de salud), daños al medio ambiente. El daño, por su parte, ha reconocido nuevas especies jurisprudenciales, a saber: perjuicio ecológico puro a causa de derrames, perjuicio de angustia a consecuencia de la exposición al asbesto, o por los eventuales daños derivados de la cercanía de antenas de telefonía móvil (alterándose con ello la clásica noción de problemas de vecindad), llegando incluso a reconocerse el “riesgo de daño” como una figura jurídica defendible. El confuso terreno de la causalidad no ha sido invulnerable y las evoluciones se han asimismo manifestado. Así, la siempre confusa prueba del vínculo causal ha cedido frente a presunciones legales y de hecho. Las primeras, básicamente en el terreno de la salud pública: transfusiones sanguíneas y SIDA – Hepatitis C, y las segundas, bajo la premisa de presunciones graves, precisas y concordantes retenidas por el juez en el dominio de vacunas y Hepatitis B – esclerosis en placas, o daños derivados a consecuencia de la proximidad de líneas de alta tensión. Siguiendo con la causalidad, afirmamos que ésta se ha visto asimismo alterada, en virtud la denominada pérdida de una chance<sup>8</sup>, que reviste la fuerza para incorporar en el derecho de la responsabilidad expuesto por el *civil law*, una reflexión proporcional del vínculo conector entre hecho generador y daño, en materias en que la responsabilidad médica se ve involucrada, generalmente a propósito de defectos en el diagnóstico del enfermo, o en la infracción de una obligación en la información necesaria proporcionada al paciente para tomar la decisión de someterse o no a la intervención o al tratamiento.

4.- Ahora bien, más allá de lo anterior, o desde un punto de vista más bien sistémico, presentamos el esquema al cual nos ajustaremos en este trabajo inspirándonos en lo defendido en Argentina, durante las XII Jornadas Nacionales de Derecho civil, realizadas en Bariloche en 1989, en su Tema 8<sup>9</sup>, en el que fue

<sup>5</sup> L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

<sup>6</sup> R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

<sup>7</sup> Se sugiere revisar artículo de mi autoría: “El impacto del riesgo derivado de los avances científicos y tecnológicos en el Derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)”, *Actualidad Jurídica*, N°27, 2013, pp. 387 y ss.

<sup>8</sup> Se sugiere revisar artículo de mi autoría: “La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada”, *Actualidad Jurídica*, N° 28, 2013, p. 395 y ss.

<sup>9</sup> Citado por L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, op. cit., loc. cit.

tratada la cuestión del impacto tecnológico y la masificación, estableciéndose que: *“El Derecho debe jugar un papel protagónico como agente activo de los cambios sociales”*<sup>10</sup>. Así, pues, intentaremos demostrar en este ensayo cómo, motivado por el impacto social de la innovación tecnológica, el derecho de la responsabilidad se adapta día a día. En virtud de lo anterior, nos lanzaremos en una **primera parte** al intento de justificar cómo la evolución científica puede ser percibida cómo un **FACTOR DE MUTACIÓN DE PERSPECTIVAS SOCIO-JURÍDICAS (I)**; mientras que en una **segunda parte** intentaremos demostrar como el avance tecnológico constituye un **IMPULSO (II)** al desarrollo de nuevas figuras vinculadas al daño o al riesgo de éste, las que una vez reconocidas son capaces de alterar las clásicas nociones de los sistemas de responsabilidad civil. Lo anterior, con el objeto de perfeccionar o de estructurar sistemas más acordes con la comunidad de riesgos e incertidumbres tecnológicas de la que actualmente formamos parte<sup>11</sup>.

## I.- Los avances científicos como factor de mutación de perspectivas socio-jurídicas.

5.- En esta primera parte, luego de habernos concentrado **en las indeseables consecuencias de la innovación (A)**, nos pronunciaremos sobre el **conti-**

<sup>10</sup> La negrita es mía.

<sup>11</sup> Creemos conveniente que antes de entrar en el cuerpo de este trabajo delimitemos descriptivamente los contornos de la ciencia, del conocimiento científico y tecnológico y de sus avances, nociones que habitualmente se vinculan con el instituto resarcitorio a título de sinónimos, provocando confusión en el lector. Entendemos por **ciencia** aquel *“conjunto de conocimientos de objeto determinado y método propio”* (A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000 (3eme éd.), sous la dir.). A su turno, constatamos que la integración del conocimiento científico puede ser verificada por diversas vías. Así, hoy el conocimiento científico asumido por la vía de la prueba efectiva del mismo, se ve complementado por una integración basada en la probabilidad de los acontecimientos (Incluso por la siempre presente posibilidad de la refutación de los mismos). En este sentido, K. POPPER sostiene: *“Debemos considerar todas las leyes o teorías como hipotéticas o conjeturales, es decir, como suposiciones”*. *La connaissance objective* (Oxford University Press, 1979), Paris, Flammarion, col. “Champs”, 1991, p. 50. A su turno, el **conocimiento científico** es entendido como *“el conocimiento exacto, universal y verificable expresado en leyes”* (A. REY (dir.), op. cit.), mientras que la **actividad científica** está encaminada a *“construir leyes o reglas teóricas estableciendo una relación entre la detección en el mundo de un tipo de fenómeno y de ciertos fenómenos eventuales, proporcionando de esta manera la medida de la posibilidad del acaecimiento de este fenómeno en función de sus evidencias”* (P. AMSELEK, “La part de la science dans l’activité des juristes”, D., 1997, chron., p. 337). Por su parte se entiende por **técnica** el *“conjunto de procesos empleados para verificar una tarea o para obtener un resultado determinado”* (Dictionnaire Le Robert) constituyendo más bien *“una adaptación con fines de normas científicas de un saber-hacer, en preceptos (o “recetas”) para la acción humana”* (P. AMSELEK, “Norme et loi”, APD, 1980, pp. 99-100). Luego, la **técnica** es una herramienta al servicio de la ciencia, pues tiene por objeto aplicar en los hechos un saber teórico, identificando y resolviendo problemas repetitivos propios de la actividad humana (A. PENNEAU, *Regles de l’art et normes techniques*, Paris, LGDJ (col. “Bibliothèque de Droit privé”), t. 203, 1989, N° 42). Resumimos lo previamente indicado en palabras del profesor C. SYNTEZ, quien declara: *“clásicamente – refiriéndose a la ciencia – afirmamos que se sitúa en el plano del saber, mientras que la técnica se ubica en el plano del hacer”*, agregando más adelante que *“mientras que la técnica intenta cambiar el estado del mundo, la ciencia teórica se esfuerza por comprenderlo”* C. SYNTEZ, “La sanction preventive en Droit de la responsabilité civile” Tesis, Universidad de Montreal, 2009, n° 16.

## **nente sociológico en el que actúa el derecho de la responsabilidad civil (B).**

### **A.- Las indeseables consecuencias de la innovación.**

6.- La ciencia, en su despertar, es objeto de nuevos enfoques de observación, relativos fundamentalmente al **cuestionamiento de su efectividad**. En este sentido, tal como expone la autora S. FLATIN-COLLOMB, *“la eficacia implica inevitablemente una agresividad, un peligro, y una complejidad incrementada, respecto de las cuales la inocencia del sueño científico no ha podido sobrevivir”*<sup>12</sup>. La ciencia se focaliza entonces, en la observancia de una especial tarea: el no traspaso de sus límites más íntimos, aquellos que por su naturaleza son también difusos y derivados de un progreso voluntariamente dirigido, no producto del azar ni de una accidentada evolución, sino más bien de una determinada obra humana: la tecnología. Así, el progreso o el *“encauzamiento hacia la virtud”*<sup>13</sup> adopta como prisma fundamental la evolución de las técnicas en pos del beneficio del hombre<sup>14</sup>, con el objeto de dejar atrás años de oscuridad y precariedad material, alojando en el perfeccionamiento de las máquinas y en la mecanización laboral<sup>15</sup> las garantías de su bienestar. Es en esta relación que se ha afirmado que *“el progreso (...) deviene la idea dominante que garantiza el triunfal avance científico de la humanidad hacia una sociedad mejor”*<sup>16</sup>, sin considerar, estimamos, que el referido avance pueda siquiera hipotéticamente venir en contra del ser humano.

7.- En evidencia de lo anterior, importantes desastres ligados a la investigación han tenido ocasión, empañando los aspectos positivos del desarrollo en los últimos años. Es así como a los accidentes industriales sufridos por trabajadores en sus faenas de mediados del siglo XIX, le han sucedido importantes eventos dañosos en que el avance de la ciencia ocupa un protagonismo indiscutido. En este contexto una vez citados los **principales focos de agravio (a)**, nos detendremos en la **obligada evolución de la que ha sido objeto el derecho de la responsabilidad civil (b)**.

### **a.- La ciencia y sus principales focos de agravio.**

8.- **Relativos al campo industrial**, no podemos dejar de referirnos a los días 06 y 09.08.1945, en que la tragedia japonesa de Hiroshima y Nagasaki

<sup>12</sup> S. FLATIN-COLLOMB, “Incertitude scientifique et responsabilité civile”, Tesis, Universidad de Lyon 3, 2000.

<sup>13</sup> S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, *La Baignoire d'Archimède, Petite mythologie de la science*, Points-Sciences, Seuil, 1996.

<sup>14</sup> G. FRIEDMANN, *La Puissance et la sagesse*, Gallimard, 1970.

<sup>15</sup> P. FOULQUIÉ, *Vocabulaire des sciences sociales*, PUF, 1978.

<sup>16</sup> S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, op. cit.

concretiza brutalmente lo que había sido denominado por W. CHURCHILL como la *"guerre des sorciers"*<sup>17</sup> en referencia al desarrollo científico aplicado en el escenario militar sin precedentes. En este contexto, y más avanzados en el tiempo, el 10.07.1976, se produjo un lamentable episodio de contaminación de dioxinas en la ciudad italiana Seveso, afectando a casi 900 personas entre lesionados y evacuados. Un evento de mayores dimensiones lo detectamos en Bhopal, el 03.12.1984, en que producto de la fuga de sustancias tóxicas se verificó la muerte de 3000 personas, además de la mutilación de 200.000 habitantes de la indicada la ciudad India. Aunque el mencionado caso es "menor" en referencia al más grande accidente industrial de que se tenga registro: el incendio del reactor nuclear de la instalación de Chernóbil en Ucrania, de fecha 26.04.1986<sup>18</sup>, el cual tuvo la fuerza de contaminar los territorios de Ucrania, Rusia y Bielorrusia. Se suman a la lista la contaminación del Rin provocada por el incendio de un galpón de la sociedad *"Sandoz"* (Región de Bâle) ocurrido el 01.11.1986; o el de una bodega de la sociedad *"Loiret et Haentjens"*, en Nantes, en el año 1987, generando una nube tóxica y obligando a la evacuación de la población; así como el grave accidente sufrido por la fábrica AZF en Toulouse, ocurrido el 21.09.2001, afectando a más de 2000 personas, entre ellas 30 fallecidos, a causa de una explosión de nitrato de amonio.

9.- En conjunto con los accidentes industriales **se destacan negativamente accidentes relativos a la contaminación por hidrocarburos**, entre ellos el verificado el 01.11.1986 por el naufragio del buque petrolero *"Exxon Valdés"* en Alaska, el cual vertió más de 41.000 toneladas de crudo; o el desastre del *"Erika"*, que con fecha 12.12.1999 se partió en dos, derramando cerca de 31.000 toneladas de petróleo dañando 400 kilómetros de costas atlánticas en Francia; así como el naufragio del *"Prestige"* verificado el 17.09.2002, frente a las costas de Galicia en España, en que se derramaron cerca de 77.000 toneladas del producto: o más recientemente incluso, el 22.04.2010, en que a causa del hundimiento de la plataforma petrolera *"Deepwater Horizon"* el 22.04.2010 se derramaron más de 779.000 toneladas del combustible, constituyendo la mayor catástrofe ligada al petróleo.

10.- **Otra fuente de daños ligados a la innovación es la que se refiere al escenario médico sanitario.** En este dominio se detectan dramáticos y mediatizados sucesos, en los que la tecnología ha cumplido un importante rol. En este estadio, reconocemos los comentados casos vinculados al medicamento *"Distilbène"*, el que fue prescrito a millones de mujeres embarazadas a partir de 1948 –y 1950 en Francia– para prevenir riesgos de nacimientos prematuros y para tratar hemorragias del embarazo. Pero, a partir de la década de los '70,

<sup>17</sup> <http://www.humanite.fr/node/197809>

<sup>18</sup> Es el único accidente clasificado en nivel 7 en la escala internacional de eventos nucleares, lo que constituye la catástrofe nuclear más grave de que se tenga constancia.

graves malformaciones en los hijos de mujeres tratadas fueron formalmente atribuidas a la hormona. Así, las hijas expuestas *in utero* tienen riesgos de cáncer de vagina y útero, según la red DES France, que apoya a las víctimas de este medicamento. Es del caso hacer presente que USA retiró inmediatamente el producto del mercado, mientras que Francia esperó hasta 1977. Detectamos, asimismo, el escándalo de la sangre contaminada que explotó en Francia en abril de 1991, cuando el informativo escrito "*L'Événement du jeudi*" publicó una investigación probando que en 1985 el Centro Nacional de Transfusión Sanguínea (CNTS) conscientemente proporcionó sangre potencialmente contaminada con el virus del SIDA, provocando el contagio por el VIH de alrededor de 5.000 personas. Otro contencioso a destacar es el ventilado en diciembre de 1991, en cuya atención una investigación fue abierta a consecuencia de la demanda de los padres de un niño afectado por la enfermedad de "*Creutzfeldt-Jakob*" después de haber sufrido un tratamiento para estimular su crecimiento. Hacemos presente que la hormona del crecimiento utilizada en los años 1980 habría sido extraída de cadáveres en condiciones peligrosas, provocándose la muerte de 119 niños. Luego de 20 años de proceso, con fecha 05.05.2011 la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria constató que las hormonas en referencia demostraron injerencia directa en la mortalidad de los pacientes. Otro comentado caso corresponde al denominado problema de la vaca loca, el cual comenzó en 1985 en Reino Unido propagándose por diversos países, contaminando a más de 190.000 animales. Fue en el año 1996 que este problema derivó en una crisis sanitaria, pues fue científicamente comprobada la posible transmisión de una "*encéphalopathie spongiforme*" bovina al hombre. Para efectos de limitar la indicada infección degenerativa, un embargo sobre la carne británica fue entonces decretado por la Unión Europea, el que no fue levantado por París sino hasta 2002. Reconocemos también lo sucedido durante en el año 1997, en que los laboratorios "*Servier*" fueron obligados a retirar del mercado la "*Isomérida*" aplicada a más de 5.000.000 de franceses desde 1985. Dicho producto, responsable de casos de hipertensión arterial pulmonar así como de anomalías cardíacas, habría causado la muerte de al menos 40 personas. En fin, durante el mismo año 1997 el problema del asbesto y sus consecuencias en la salud de las personas fue finalmente considerado en Francia, pues fue definitivamente prohibido. El asbesto (material altamente cancerígeno utilizado por trabajadores desde la Segunda Guerra Mundial) se encuentra a la cabeza de cerca de 35.000 decesos, una cifra que podría aumentar hasta 100.000 de aquí hasta el 2025. Se deja constancia que en Francia fue reconocido como responsable de la muerte de personas por la primera vez en el año 2000<sup>19</sup>.

11.- En atención de lo expuesto, en concreto, **a la posibilidad cierta que daños en masa** (consistentes en "*daños a personas, a bienes, o al medio na-*

<sup>19</sup> <http://www.challenges.fr/economie/20110112.CHA2868/sang-contamine-vache-folle-amiante-les-crisis-sanitaires-avant-le-mediator.html>

tural que afectando un gran número de víctimas con ocasión de un hecho dañoso único, pudiendo éste consistir también en un conjunto de hechos dañosos de origen común<sup>20</sup> o **catastróficos** (correspondientes a “un evento puntual o serial de origen natural, susceptible de recibir una calificación penal, siendo la causa de importantes daños materiales y/o de numerosas víctimas, y generador de un fuerte impacto emocional, que a este título necesita la aplicación de medidas específicas adoptadas en el interés de las víctimas”)<sup>21</sup> puedan tener ocasión, **el derecho de la responsabilidad civil se ha visto obligado a evolucionar**. Sobre ello nos pronunciaremos a continuación.

### *b.- La responsabilidad civil y su obligada evolución.*

12.- La diversificación de los daños, y su implicancia particular en escenarios en que el medio ambiente y la salud se ven involucrados, han motivado reflexiones jurídicas en torno a la responsabilidad civil<sup>22</sup>. De esto seguimos que la adecuación normativa o interpretativa se impone prácticamente en términos de obligación. Una palpable demostración de este desarrollo es apreciable transversalmente en el **desplazamiento del prisma de activación de los sistemas de resarcimiento**, los que concentrados en el resultado dañoso sufrido por la víctima alteran la tradicional óptica de los esquemas enfocados a partir de la figura del agente y de su comportamiento defectuoso<sup>23</sup>. Luego no parecen ser cuestionamientos morales los que presentan vocación a ser considerados *a priori* a la hora de retener la responsabilidad del agente, sino más bien la constatación de un daño y naturalmente de una víctima que debe ser reparada. En este contexto, se han dictado en el derecho comparado normativas que persiguen la reparación de daños respecto de personas que han sufrido accidentalmente un agravio, y que más allá de los seguros, concentran la garantía resarcitoria mediante la creación de Fondos de Garantía, dirigidos a solventar daños causados anónimamente, o respecto de aquellos que por su magnitud no pueden ser cubiertos íntegramente por el agente<sup>24</sup>. En definitiva, la responsabilidad civil se concentra en los resultados de los acontecimientos más que en las causas de los mismos, provocando un fenómeno bautizado por la doctrina como una verdadera **“ideología de la reparación”**<sup>25</sup>. Es en este

<sup>20</sup> A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Prólogo P. JOURDAIN, LGDJ, (Col. Bibliothèque de Droit privé), 2005, p. 93.

<sup>21</sup> C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Prólogo M.-F. STEINLÉ-FEUEBACH, LGDJ, (Col. Bibliothèque de Droit privé), 2008.

<sup>22</sup> Ver sobre este punto: F. EWALD, “Responsabilité, Solidarité, Sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXe siècle, Risques, avril-juin 1992, N° 10, p. 9; Y. LAMBERT-FAIVRE, “L’étique de la responsabilité”, RTD civ., 1998, p. 1; C. THIBIERGE, “Libres propos sur l’évolution du Droit de la responsabilité (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”, RTD civ., 1999, p. 561, y de la misma autora, “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir”, D. 2004, chron. P. 577.

<sup>23</sup> En este sentido, R. SAVATIER, D. 66, chron., p. 149.

<sup>24</sup> L. GARRIDO CORDOBERA, p. 40.

<sup>25</sup> L. CADIET, “Les faits et défaits de l’idéologie de la réparation”, Mélanges P. Dray, Dalloz 1999, p. 495 seq.

sentido que el profesor F. EWALD expone: *“la responsabilidad del siglo XX ha pensado de forma sistemática en el resarcimiento, tanto es así, que hoy en día la víctima de un daño cualquiera puede reivindicar una indemnización”*<sup>26</sup>.

13.- La visión expuesta se ajusta a lo defendido por el profesor argentino J. MOSSET ITURRASPE, quien asume que el azar o la desgracia impersonal o anónima es incompatible con una solución justa de resarcimiento, lo indicado pues el daño siempre se habrá de producir por el actuar de una persona o por la creación de un riesgo<sup>27</sup> (estimamos, con excepción de aquel agravio generado a consecuencia de un hecho de la naturaleza). En relación a lo anterior, la profesora Y. LAMBERT-FAIVRE enseña que actualmente la responsabilidad civil permite sostener un *“crédito a la indemnización”*, el cual ha dejado en el pasado a la tradicional *“deuda de responsabilidad”*<sup>28</sup>. Todo lo anterior, enmarcado en un contexto de toma de conciencia del hombre de la envergadura de la peligrosidad representativa de determinados riesgos, e incluso de la imposibilidad de dominar absolutamente la incertidumbre, de su rechazo e intolerancia por correr riesgos colectivos no aceptados individualmente. Precisamente, hoy la posibilidad de la verificación de daños colectivos motiva la extensión de las fronteras de una moderna responsabilidad civil y tal como sostiene la profesora L. GARRIDO CORDOBERA *“ubica el problema en los carriles del moderno derecho de daños”*<sup>29</sup>.

14.- El antedicho fenómeno jurídico persigue abarcar lo conocido en Francia como el *inconnu* o **factor desconocido** comprendido en las innovaciones científicas, capaz de producir un agravio. En esta labor las mutaciones que ha experimentado el derecho galo de la responsabilidad civil no resisten ser catalogadas de homogéneas. De aquí que el comentado trabajo de modernización se traduzca en un proceso de creación o de adecuación de herramientas jurídicas. Luego, siguiendo en el espíritu la terminología propuesta por el profesor E. VERGÉS<sup>30</sup>, **los corolarios de la responsabilidad, en tiempos de innovación, navegan en aguas de “continuidad” o de “ruptura” de las instituciones**, particularmente de las condiciones de la responsabilidad. Nos parece acertada la distinción del indicado profesor, pues el efecto de la innovación científica sobre el Derecho de la responsabilidad puede ser percibido incluso antes de la mutación legislativa, mediante el camino de las interpretaciones judiciales, las cuales no constituyen ruptura normativa. Es normal que así sea, pues las modificaciones legislativas plantean a la vez la

<sup>26</sup> F. EWALD, “Filosofía de la precaución”. Fundación MAPFRE, Gerencia de Riesgos, 1997, 58, p. 18.

<sup>27</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “Nuevas fronteras de la responsabilidad civil”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, p. 136, 1977, N° 1.

<sup>28</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, “L’évolution de la responsabilité civile d’un crédit de responsabilité à une créance d’indemnisation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987.

<sup>29</sup> L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, p. 28.

<sup>30</sup> E. VERGÈS, op. cit.

cuestión de oportunidad y una decisión de política legislativa, ponderando variados intereses en pugna, por lo que el proceso es siempre más lento<sup>31</sup>. En relación con lo indicado, la jurisprudencia cumple un rol de protagonista en la adaptación organizativa del sistema, toda vez que *“corresponde a un trabajo considerable de adaptación de textos iniciales introduciendo en la materia importantes “descubrimientos” haciendo del derecho privado su terreno elegido”*<sup>32</sup>. Esta adecuación ha alcanzado a los fundamentos de la responsabilidad –riesgo y culpa– coexistentes en el sistema resarcitorio imperante en Francia. Habiéndonos referido anteriormente al riesgo<sup>33</sup>, nos pronunciaremos a continuación sobre la culpa y su determinante rol en tiempos de modernidad tecnológica.

15.- En Francia, el actuar negligente sigue abarcando un importante rol dentro del derecho de la responsabilidad civil en el escenario de la innovación. Siguiendo al profesor E. VERGÈS es posible analizar la utilidad de la culpa en razón de las obligaciones de vigilancia científica sujetas al dominio de la negligencia. Destacamos entre ellas las derivadas del referido contencioso *“Distilbène”*. En los hechos, hasta la década de los '70 era comúnmente diagnosticado el medicamento indicado a las embarazadas, con los fines ya descritos<sup>34</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el contacto *in utero* del medicamento comprendía el riesgo de desarrollar cáncer en las hijas. Sin reparar en la fundada advertencia de la comunidad científica que había puesto en evidencia la certitud del riesgo, la cual había sido seguida por USA sacando el producto del mercado, el industrial *“UCB PHARMA”* no detuvo la distribución del fármaco. En consecuencia de lo indicado, la Corte de Casación<sup>35</sup> expuso que el industrial *“incumplió con su obligación de vigilancia”* justificando su sentencia en la indiferencia a la consideración de los *“riesgos conocidos e identificados sobre el plano científico”*. La Corte de Casación sigue en este punto el criterio expuesto en otro importante pronunciamiento<sup>36</sup> consagrando en definitiva *“una obligación general de vigilancia a cargo de la industria farmacéutica. De aquí que la omisión de un industrial a un riesgo conocido adopte la calificación de culpa civil. La solución se sitúa acá en la continuidad de los mecanismos tradicionales de la responsabilidad civil que admiten que la omisión pueda constituir culpa”*<sup>37</sup>.

16.- El principio de **responsabilidad fundado en la culpa**, operativo en materia tecnológica, también opera en el escenario de una **responsabilidad administrativa**, como la que atribuye al Estado la obligación de reparar los

<sup>31</sup> L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, cita N° 10.

<sup>32</sup> J. ROCHFELD, op. cit., 495.

<sup>33</sup> Ver Supra cita N° 7.

<sup>34</sup> Ver Supra N° 10.

<sup>35</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 mars 2006, pourvois 07-03-2006 et 04-16.180.

<sup>36</sup> Cass. Civ. 27 février 1951(BRANLY), D.1951. 329, note H. DESBOIS.

<sup>37</sup> E. VERGÈS, *“Les risques et incertitudes liés aux innovations scientifiques en droit français de la responsabilité: entre rupture et continuité”*, 2013, inédito.

daños producidos por el **asbesto**. En síntesis *“el Estado es sometido a una doble obligación en materia científica y tecnológica: la evaluación de la nocividad de sustancias presentes sobre su territorio y la aplicación de medidas de limitación o de prohibiciones de estas sustancias en función del riesgo conocido. La peligrosidad del asbesto era conocida desde comienzos del siglo XX y las enfermedades debidas al asbesto eran inscritas en la lista de enfermedades profesionales desde 1945. Respecto de estas informaciones, el Estado francés cometió una **culpa de omisión**”<sup>38</sup>*. Hacemos presente que en este contencioso el Consejo de Estado en cuatro decisiones pronunciadas en el año 2004 dispuso *“corresponde a las autoridades públicas encargadas de la prevención de riesgos profesionales informarse de los peligros que pueden correr los trabajadores en el cuadro de su actividad profesional, teniendo en cuenta netamente los productos y sustancias que ellos manipulan o con aquellos con los que están en contacto, y detener en el estado de los conocimientos científicos, con ayuda de los estudios o de investigaciones complementarias, las medidas más apropiadas para limitar y, de ser posible, para eliminar estos peligros”*<sup>39</sup>, sancionándose, en definitiva, una suerte de “negligencia en la prevención de los riesgos” por parte del Estado caracterizadas como culpas de omisión.

17.- Siempre dentro de los márgenes del contencioso del asbesto, es posible distinguir como la **culpa** se ve empapada por la tecnología, viéndose en consecuencia **modificada** en esencia bajo el impulso del progreso. Lo dicho sucede con evidencia en el ámbito de la **culpa inexcusable** aplicada en materia de accidentes laborales. Hacemos presente que en Francia la legislación relativa a accidentes laborales fue iniciada en virtud de la ley de 09.04.1898, comprendiendo la posibilidad que el trabajador se beneficiara de una mayor indemnización en caso de culpa inexcusable por parte del empleador<sup>40</sup>. La alteración referida obedece a la confusa lectura de este especial tipo de negligencia observado por la Corte de Casación en el año 2002. En efecto, el máximo tribunal consideró: *“en virtud del contrato de trabajo que lo vincula a su trabajador, el empleador está obligado respecto de éste a dar seguridad de resultado netamente en lo que concierne a las enfermedades profesionales contraídas por este trabajador a causa del hecho de los productos fabricados o utilizados en la empresa. El incumplimiento de esta obligación tiene el carácter de una culpa inexcusable, cuando el empleador tenía o debía haber tenido conciencia del peligro al que se exponía al trabajador y que no tomó las medidas necesarias para protegerlo”*<sup>41</sup>. Hacemos presente que hasta la fecha de las sentencias aludidas la culpa inexcusable era comprendida como aquella *“culpa de una gravedad excepcional, derivada de un acto o de una omisión voluntaria, de la conciencia del peligro que*

<sup>38</sup> E. VERGÈS, op. cit.

<sup>39</sup> CE, 03.03.2004, n° 241151, n° 241152, n° 241152 et n° 241150.

<sup>40</sup> Artículos L. 452-1 y ss. del Código de la Seguridad Social.

<sup>41</sup> G. VACHET, “Faute inexcusable dans le cadre des accidents du travail et des maladies professionnelles”, Semaine sociale Lamy, 2010, número spécial, n°1452, p. 10.

*debía haber tenido el autor*<sup>42</sup>. Luego, apreciamos con claridad la diferencia en el criterio de retención de la figura. A partir del año 2002, es seguido un **criterio objetivador de la culpa en materia de obligaciones de resultado** que de por sí constituyen escenarios cubiertos por la responsabilidad objetiva o sin culpa<sup>43</sup>, lo expuesto siguiendo un evidente afán protector de las víctimas.

18.- En fin, la protección del agraviado configura el norte de los modernos sistemas de resarcimiento. Así en Francia, además de constatarse una clara tendencia a la objetivación de la culpa y la adopción progresiva de un abanico de responsabilidades sin culpa u objetivas inspiradas en el riesgo, se destacan innovadoras figuras de "irresponsabilidad" siguiendo el término empleado por el profesor E. VERGÈS<sup>44</sup>, en referencia a aquellos eventos íntegramente por la "seguridad social". En este sentido, se reconocen **Fondos de Garantía** de resarcimiento, así como la defensa de un derecho a la indemnización frente a cualquier evento dañoso sufrido por una persona, sustentado bajo el fortalecimiento de un esquema de responsabilidad colectiva de perjuicios, proyectado con objeto de premunir indemnizaciones a aquellas víctimas de un daño incapaces de probar la culpa del agente. El referido sistema de responsabilidad colectiva conduce a hacer partícipes de la reparación a todos aquellos agentes que están en condiciones de provocar el daño, mediante una amplia "**socialización de riesgos**", cuyo efecto principal corresponde al desarrollo del **seguro de responsabilidad**. Bajo este esquema el pago de las primas por parte de todos aquellos agentes que potencialmente pueden ser considerados como responsables de la concretización de un riesgo, permitirá al asegurador substituirse en lugar de aquel que efectivamente está al origen del daño, resarciendo a la víctima<sup>45</sup>. Por otro lado, uno de los efectos del seguro ha sido la extensión de las clásicas nociones de las condiciones de la responsabilidad, extendiendo la dimensión del resarcimiento, y sancionando con mayor amplitud al instituto<sup>46</sup>. La tendencia descrita, presente con mayor o menor fuerza en países de Derecho continental<sup>47</sup>, si bien presentaría como ventaja una mayor fluidez en el planteamiento de la reclamación, puesto que en rigor la víctima sólo debe

<sup>42</sup> Cass. ch. réun. 15 juin 1941, *JCP* 1964, ii, 1705, note J. MIHURA; *Dalloz* 1941, 117, note A. ROUAST.  
<sup>43</sup> Ver Ch. LARRROUMET, *Droit civil, les obligations, le contrat* 2<sup>ème</sup> partie effets, T3, 6<sup>ème</sup> éd. 2007, n°606.

<sup>44</sup> E. VERGÈS, op. cit.

<sup>45</sup> G. VINEY, "Le déclin de la responsabilité individuelle", *Prólogo A, TUNC, LGDJ*, 1965.

<sup>46</sup> En este sentido, F. EWALD, "L'abolition de la faute" en *L'État-providence*, 1986, Paris, Grasset, p. 351 et s.

<sup>47</sup> En Francia es moralmente admitido desde 1845, en virtud de un fallo de la Corte Real de París de 01.07, del que se desprende: "*Considerando que los contratos de seguro, como obligaciones civiles, son de derecho común; que tienen por objeto la reparación de daños pecuniarios; que los seguros no pueden ser prohibidos bajo el fundamento que en ciertos casos ellos podrían provocar la seguridad en orden a cometer delitos o cuasidelitos*", y regulado en conformidad a una ley de 13.07.1930. En España, la situación no es tan diferente, y aunque L. DIEZ-PICAZO (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 240) hace referencia a la crisis de la socialización de los riesgos generada en la década de los '80 producto de la quiebra de algunas compañías de seguros. Lo evidente es que un carácter nítido del sistema resarcitorio español es la reparación en virtud de seguros, los cuales alcanzan variadas actividades.

establecer la relación de causalidad, puede significar cuestionamientos en sede de responsabilidad civil en atención a la constatación de una gestación forzada de su debilitamiento, al ser perdida la finalidad preventiva de la misma<sup>48</sup>. En este sentido, y siguiendo a la profesora J. ROTCHFELD<sup>49</sup>, la función reparatoria de la responsabilidad se ha visto impulsada con potencia; mientras que la función punitiva se ve afectada, pues el resarcimiento se determina sin consideraciones a la moralidad del acto generador del detrimento<sup>50</sup>; a su turno, el rol preventivo decae, ya que bajo el impacto del riesgo, aun cuando el responsable conozca los daños potencialmente expuestos, y por ende a la responsabilidad a la que eventualmente puede sujetarse, no se encuentra en posición de evitar dichos daños, sino que solamente sujetarse a las normativas relativas al correcto desempeño de su actividad. (Conviene recordar además que en Francia hay eventos cuya reparación es asumida íntegramente por la Seguridad Social).

19.- Por nuestra parte, estimamos que no debe ser confundida la responsabilidad civil con ciertos diseños garantistas de reparación de daños. Así, por ejemplo, respecto de casos de responsabilidad médica, estimamos que el médico o el hospital no pueden verse obligados a asumir el riesgo al que se expone el paciente. Estimar lo contrario implicaría tolerar un injusto desplazamiento de la carga del infortunio. Ni médicos ni hospitales son aseguradores. Luego, para colmar las garantías de los afectados se debe recurrir a políticas de índole social. En virtud de lo anterior, consideramos de justicia que en términos de responsabilidad civil, el riesgo terapéutico resida en el paciente, pudiendo ser asumido por el profesional o por el establecimiento si, y solo si, es demostrada negligencia de su parte. Sin perjuicio de lo anterior, no dejamos de indicar que los derechos continentales han desarrollado presunciones de culpa respecto de profesionales, en atención a negligencias evidentes que permiten desprender a *prima facie* la existencia de una infracción a un deber de cuidado<sup>51</sup>. Diverso al estudio de la responsabilidad civil es el correspondiente al de la seguridad sanitaria, la cual se ve regulada por directrices políticas y que en Chile es organizada mediante un plan nacional de salud proyectada según los recursos del país<sup>52</sup>. Es interesante el alcance que podemos constatar en lo referente al derecho francés, respecto del cual ha sido creado un Fondo de Garantías por accidentes dentro los cuales las infecciones intrahospitalarias constituyen una especie<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> H. CORRAL TALCIANI, op. cit., p. 398.

<sup>49</sup> J. ROTCHFELD, *Les grandes notions du Droit privé*, Thémis Droit, PUF, Paris, 2011, p. 511.

<sup>50</sup> Para la autora la función punitiva de la responsabilidad civil, se traduce en la sanción que recae sobre el sujeto activo del ilícito civil, tendiente a recuperar en su propio patrimonio la reparación debida a la víctima de un daño. A diferencia del Derecho penal, en el que la función punitiva perseguida es mayor, puesto que la sanción aplicada al agente será adoptada de acuerdo a su comportamiento, en materia civil, dicho objetivo es restringido al daño provocado. (J. ROTCHFELD, p. 502).

<sup>51</sup> En este sentido, E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 675.

<sup>52</sup> Ley de garantías de salud, art. 1°.

<sup>53</sup> Cf. F. CHABAS, *La réparation des conséquences de l'alea thérapeutique*, JCP, 2001, 2, 10493.

20.- Ahora bien, sostenemos que el cambio de perspectiva de que están siendo objeto los sistemas de resarcimiento no obedece exclusivamente a un problema jurídico. De aquí que la mutación de modelos resarcitorios se haya ido verificando a lo largo de los últimos siglos a medida en que las disposiciones o vocaciones sociales asimismo se han visto alteradas. Bajo una percepción amplia, las consecuencias sociológicas derivadas del avance científico han motivado al derecho **a proporcionar respuestas acordes a la realidad riesgosa y actualmente incierta en la cual los seres humanos estamos inmersos**. En otros términos, sostenemos que la sociología jurídica y el derecho son dos caras de una misma moneda, correspondiendo a la primera abordar las alteraciones intrínsecas de las sociedades, generadas en virtud de diversos fenómenos, mientras que la ciencia jurídica proporciona soluciones lógicas y justas en el sentido más ambicioso de la expresión. En este escenario, la búsqueda de la seguridad sensiblemente perdida –según los sociólogos– y el imperativo de resarcimiento de “todo daño” irrogado a una persona, sea en sí misma o en sus bienes, constituyen el impulso de una nueva manera de pincelar el derecho. Luego, temáticas de protección, garantías y resarcimiento de los individuos se fortalecen a título de soporte universal de las evoluciones del derecho de la responsabilidad de la mano del aludido “**factor desconocido**”. Por su parte, el carácter social del fenómeno, cuyo corolario fundamental se materializa en el rechazo del hombre a verse expuesto o a sufrir probables o eventuales consecuencias dañosas de un progreso tecnológico impuesto que avanza día a día, así como en el reclamo de garantías y resarcimientos efectivos para el caso de concretizarse determinadas eventualidades dañinas, ha marcado un verdadero punto de inflexión en el espíritu de las legislaciones, conducente a la actualización o al menos a la revisión de sus condiciones y finalidades.

21.- La germinación jurídica en referencia ha sido posible puesto que la noción de responsabilidad obedece a un concepto evolutivo, ajustable en el tiempo y, según expondremos, íntimamente enmarcado en un cuadro sociológico que abordaremos a continuación.

## **B.- El continente sociológico en el que actúa el derecho de la responsabilidad civil.**

22.- Consideramos que esta sección puede ser abordada, primero, haciendo referencia a los **paradigmas de la responsabilidad (a)**; y más tarde, concentrándonos en la denominada “**sociedad del riesgo**” **(b)**.

### **a.- Los paradigmas de la responsabilidad, un esquema sociológico.**

23.- Estimamos que una justa vinculación entre el derecho de la responsabilidad y el cuadro sociológico en el que tiene vocación a actuar puede verificarse a partir de una lectura de **paradigmas de responsabilidad**. Dichos prismas de

reflexión pueden ser definidos como “*aquel conjunto de prácticas, combinaciones, discursos, respecto de los cuales es dable la identificación de una cierta lógica o racionalidad*”<sup>54</sup>. En conformidad a nuestro estudio las entendemos como “*el espíritu intrínseco de las formas sociales adoptadas por el hombre y enmarcadas bajo determinados regímenes jurídicos*”. Por su parte, siguiendo al profesor francés F. EWALD, desde fines del siglo XIX a un paradigma de la responsabilidad (propriadamente tal) le ha sucedido un paradigma de la solidaridad, para finalmente estar siendo actualmente substituido por un nuevo paradigma: el de la seguridad<sup>55</sup>. Es del caso mencionar que en los hechos **los señalados modelos no revisten vocación para substituirse completa y absolutamente entre sí**, sino que más bien están llamados a coexistir en la medida en que sus representaciones y consecuencias contribuyen a configurar un escenario amplio de garantías frente a un daño. Lo recientemente expuesto lo concordamos con lo expresado por el mismo profesor antes citado, quien enseña: “*en materia de seguridad siempre se habla de derechos y deberes, de obligaciones jurídicas y morales: conviven sin necesariamente superponerse*”<sup>56</sup>. Creemos que los paradigmas de la responsabilidad anteriormente señalados, permiten ser extrapolados como una **columna vertebral** de las transformaciones adoptadas por los sistemas de resarcimiento<sup>57</sup> bajo el impulso de la innovación tecnológica, a título de reflejo de adecuación del derecho a los hechos<sup>58</sup>. En justificación de lo expuesto, no podemos dejar de citar a los destacados tratadistas argentinos profesores F. TRIGO REPRESAS y M. LÓPEZ MESA, los que enseñan: “*el concepto de responsabilidad es probablemente uno de los más empleados por los seres humanos, estando presente en infinidad de ámbitos y por ello mismo portando significaciones diferentes, está ligado no sólo al campo jurídico, sino a todos los dominios de la vida social*”<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Citado por M. BERROS en “Principio precautorio y riesgos ambientales a propósito de la generación de radiaciones no ionizantes: el caso de las antenas de telefonía celular en la jurisprudencia argentina”, Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 4, n. 2, jul-dic. 2007, p. 17.

<sup>55</sup> Ver F. EWALD, art. precit.

<sup>56</sup> F. EWALD, art. precit., p. 13.

<sup>57</sup> Apreciamos la evolución del aparato resarcitorio en las cinco ideas propuestas por R. POUND, en *Justicia conforme a Derecho*, p. 8 y siguiente, Ed. Letras S.A. Bs. As. 1965. Las ideas son las siguientes: 1.- Al principio, una simple idea de causalidad en su forma original de idea de venganza. El derecho se limitaba a preguntarse si ejecutó el demandado el acto físico que perjudicó al demandante; si lo hizo, suscitó en la persona agraviada un deseo de vengarse que conduciría a la guerra particular entre ellos y perturbaría la paz de la sociedad; por lo tanto debe liberarse por medio del pago del deseo de venganza que ha suscitado. 2.- Aparece la idea de falta, una idea moral que substituye la idea de seguridad general por la de moral general, y la pregunta sería la de si era el acto censurable. 3.- Surge la idea de la responsabilidad sin culpa, retornándose a la base de la seguridad general con la idea del control del factor causal. 4.- Irrumpe la idea del seguro, y el derecho debería imponerlo en primera instancia sobre aquellos que tienen la posibilidad de trasladarlo al público en general, ya que todos deberíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgos de la vida en una sociedad civilizada, y funciona como medio de lograr esa justa distribución de la carga que significa la pérdida o daño. 5.- Paralelamente se forma la idea de mayor capacidad para soportar la pérdida como responsable.

<sup>58</sup> C. ATIAS et D. LINNOTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D., 1977, chron., p. 251.

<sup>59</sup> F. TRIGO REPRESAS y M. LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad civil*, T. I, pp. 1 y ss., Ed. La Ley, Bs. As., 2004.

24.- Afirmamos lo antes descrito considerando que los estudiosos del derecho deben captar los cambios sociales, ya que estos son los factores genéticos de los sistemas normativos. En estos términos, la sociedad se vale de la ciencia jurídica en tanto instrumento y factor fundamental del mantenimiento del orden social, necesario e imprescindible para su supervivencia y desarrollo<sup>60</sup>. Pues bien, el **paradigma de la responsabilidad** (propiamente tal)<sup>61</sup> se identifica con la culpa, importante factor de atribución de responsabilidad, siendo ésta considerada como un ente de regulación de conductas del ser humano; por otro lado, el **paradigma de la solidaridad** se caracteriza por incorporar la figura del riesgo y por la colectivización de los mismos asumidos por quienes potencialmente pueden convertirse en agentes del daño, de acuerdo a la contratación de seguros; mientras que el tercer **paradigma, el de la seguridad**, reconoce la existencia de casos en que está envuelta la incertidumbre científica, caracterizándose por la eventualidad de daños graves o irreversibles, y por el emblema del principio precautorio como espíritu forjador de sus fronteras<sup>62</sup>. Se persigue, en suma, una considerable protección a toda víctima de un daño verificado o verificable, sea éste previsible o no, actuando en un terreno de desbordamiento de la innovación científica y enfrentando la utopía de que el hombre podría controlar el riesgo del avance científico de las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX.

25.- En fin, tal como hemos manifestado más arriba, a medida que las sociedades avanzan, el desarrollo científico y tecnológico también lo hace. El maquinismo del siglo XIX ya no es el mismo del mundo de hoy, y los daños que potencialmente pueden ocasionarse, a consecuencia de un accidente industrial o técnico, pueden cobrar cientos de vidas humanas, daños medioambientales, y agravios a la naturaleza en general. En este marco, una corriente de pensamiento logró ingresar al escenario jurídico francés, el cual, siguiendo las reflexiones del profesor H. JONAS<sup>63</sup>, analiza la responsabilidad civil **no bajo un concepto de reparación de daños consecuentes al ejercicio de una imputación causal de hechos, sino poniendo hincapié en la naturaleza, las nuevas generaciones, la perpetuación de la vida humana sobre la tierra**. Enarbolando el emblema del **principio de precaución**, la propuesta de los defensores de esta corriente persigue básicamente salir de las fronteras de la previsibilidad, base de una probabilidad estadística exigida

<sup>60</sup> L. GARRIDO CORDOBERA y J. BUSTO LAGO, p. 24.

<sup>61</sup> Agregamos la expresión "propiamente tal" a modo de no confundir la terminología de F. EWALD "paradigmas de responsabilidad" con el primero de ellos que también lo denomina "paradigma de la responsabilidad". Así, el primero se refiere al género; mientras que el segundo a la especie, cuyo elemento esencial es la culpa en tanto fundamento de responsabilidad.

<sup>62</sup> Este último paradigma actúa frente a eventuales escenarios catastróficos provenientes de la actividad misma del hombre (F. EWALD, art. precit.). Lo que en otros términos es denominado por la doctrina como "riesgos manufacturados" (U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial*. Paidós. España. 2007).

<sup>63</sup> H. JONAS, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, ed. du Cerf, col. Passages, París, 1990.

por el seguro, y conquistar el territorio de la posibilidad, esto es, de la potencialidad, de la incertidumbre científica, de aquello que no se puede afirmar, pero tampoco se puede negar. El motor del aludido principio de precaución es justamente el riesgo. Pero ya no un riesgo enmarcado bajo el paradigma de la solidaridad, propio de la mutualización y de la seguridad social, sino un riesgo sostén de un nuevo paradigma, el de la seguridad. De esta manera, sería posible argumentar que habría riesgos que jamás deberían haberse corrido, y daños que nunca deberían haberse producido (siguiendo la nomenclatura de F. EWALD<sup>64</sup>). **El referido principio actúa en casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica**, en el que se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles. Los mencionados riesgos son entonces capaces en potencia de generar una catástrofe, o un daño de una trascendencia mayor, los que independientes de la naturaleza o del azar, provienen de la actividad autónoma del hombre y que se define bajo el concepto transversal de “*riesgo manufacturado*”<sup>65</sup>.

26.- El amplio continente temporal, que marcado por los paradigmas antes indicados permite la constante actualización del derecho de la responsabilidad civil, se ve también manifestado en las transformaciones orgánicas de que han sido objeto las sociedades desde hace varias décadas. En ellas se aprecia una decreciente intervención estatal en el terreno de los riesgos y de las incertidumbres, **manifestada por una cuestionada extensión refleja de los límites de la responsabilidad civil**. Desde un punto de vista general y socio-temporal, la sociedad liberal del siglo XIX perseguía el equilibrio entre la libertad personal y la regulación estatal, figuras ambas relativas al derecho civil y al derecho administrativo, respectivamente. En este escenario, el derecho de la responsabilidad civil, perseguía el resarcimiento de los daños injustamente causados mediante un tradicional análisis *ex post* de la responsabilidad, actuando como garante de la libertad personal de los individuos. En contra, el derecho administrativo, fiel a su función de ente regulador, adquiriría protagonismo, pues asumía la obligación de disminuir los daños colaterales del progreso mediante un control *ex ante* de las actividades consideradas como especialmente peligrosas. Dicho control analizaba fundamentalmente los conocimientos adquiridos y la experiencia vivida. De aquí que frente a una situación de incerteza, la libertad de acción debía por sobre todo primar<sup>66</sup>, fundada en el irrestricto dogma de la libertad de empresa y de las leyes de la oferta y la demanda. A su turno, esta forma de sociedad fue seguida por la figura política y social imperante principalmente en Europa denominada “Estado de Bienestar”, la que irrumpe y se

<sup>64</sup> F. EWALD, “Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XX<sup>e</sup> siècle”, *Risques. Les cahiers de l'assurance*, n°10 abril-jun 1992, p. 9-27.

<sup>65</sup> A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.

<sup>66</sup> Ver en este punto, P. O´MALLE, “Uncertain subjects: risks, liberalism and contract”, *Economy and Society*, 29 (4), 2000, pp. 460-484.

desarrolla a mediados del siglo XX. Bajo los límites de esta figura, el aparato estatal adquiere caracteres de empresario, investigador, asegurador, y asume los riesgos inherentes a la industria y a la ciencia, contribuyendo positivamente en la sensación de seguridad imperante en la sociedad civil<sup>67</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, los órganos vitales de un fenómeno conocido bajo el nombre de “globalización” impactaron la sociedad de las últimas décadas del siglo XX, disminuyendo las facultades del “Estado de Bienestar”, e impregnando en la población –siguiendo a U. BECK<sup>68</sup>– una sensación de inseguridad y de peligro al verse expuesta a un riesgo cada vez mayor, toda vez que era menos controlado e incluso menos garantizado. En efecto, bajo una administración globalizada, ya no era el Estado quien asumía los roles de investigador, científico o empresario, caucionando a su turno los daños que eventualmente pudieran generarse a consecuencia de sus actividades mediante innovadores modelos de seguridad social. Así, fue el sector privado quien asumió el liderazgo científico y quien heredó la investidura de la capacidad innovadora. En rigor, el Estado mediante las privatizaciones delegó en el sector privado la dirección en materia de política industrial e innovación científica. La seguridad social perdió financiamiento suficiente para compensar la concretización de riesgos, producto de la deslocalización industrial. El discurso científico se desacreditó en consideración a los intereses económicos contrapuestos que favorecieron la politización del mismo, evidenciado en importantes crisis ambientales y sanitarias, tales como Chernóbil, sangre contaminada o el problema de las vacas locas, sobre los cuales nos hemos referido. En definitiva, “la ciencia que en manos del Estado sirvió para justificar la asunción de riesgos pierde ahora su prestigio y el reclamo de seguridad lleva al ascenso de los paradigmas de la “cultura de la precaución”<sup>69</sup>, ésta última íntimamente vinculada a la sociedad del riesgo, figura que nos ocupará en lo sucesivo de este trabajo.

### ***b.- La sociedad del riesgo, una consecuencia del desarrollo.***

27.- Tal como hemos afirmado más arriba, el hombre del siglo XXI se caracteriza por ser distinto, pues ya no acepta el daño como un designio divino, sino que persigue que el agravio sea prevenido y evitado, y si esto no ocurre, que sea justamente reparado. De aquí que las fronteras del instituto se extiendan y la filosofía individualista del “dolo o culpa” como argumentos de retención de la responsabilidad, en atención al elemento subjetivo de la misma, sean cuestio-

<sup>67</sup> “La concepción del Estado-providencia marca la comprensión por la sociedad que ella es un todo (...) y que le corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren los asociados, según los principios de la transferencia y de la redistribución”. M. TERESTCHENKO, *Philosophie Politique*, T. 1, Ed. Hachette, Paris, Les Fondamentaux, 1994, p. 148.

<sup>68</sup> U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 24 (nota 2).

<sup>69</sup> J. CORTI VARELA, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Reus, Madrid, 2010, p. 27.

nados como único y exclusivo factor de atribución de responsabilidad. En este sentido el profesor G. STIGLITZ manifiesta: *“la rigidez del subjetivismo comienza a ceder terreno y surgen principios más aptos para dotar a la institución resarcitoria de una estructuración axiológica crecientemente ponderable”*.<sup>70</sup> **Creemos, que un moderno sistema de reparación debe pasar por sobre la culpa, y no sustentar exclusivamente en un fundamento subjetivo el porqué del resarcimiento.** Lo que interesa a la víctima es la reparación del daño, mas no la determinación de quien o como se le ha causado el agravio. Insistir en un análisis contrapuesto conducirá a incrementar aun más la crisis en que la responsabilidad civil se desenvuelve<sup>71</sup>.

28.- Ahora bien, no es difícil constatar que los riesgos a los que se exponía el hombre de otras épocas y a los que se expone la humanidad en pleno siglo XXI son bastante diferentes en cuanto a especie y en cuanto a origen. Lo indicado, ya que mientras el hombre antiguo debía hacer frente a epidemias, desabastecimiento y muerte, fenómenos en que la intervención humana era meramente un accidente; el hombre moderno debe enfrentarse a los riesgos e incertidumbres que crea libre y voluntariamente, sea en nombre del bienestar, sea en nombre de dividendos económicos importantes.

29.- Del devenir social señalado resultó que a fines del siglo XX naciera una amplia figura capaz de comprender la lectura de los paradigmas asimismo mencionada. Dicha figura corresponde a la denominada **“sociedad del riesgo”**, acuñada por el sociólogo alemán U. BECK<sup>72</sup>, seguida y profundizada por el catedrático inglés A. GIDDENS<sup>73</sup>, y por el profesor alemán N. LUHMANN<sup>74</sup>. Esta particular forma de sociedad comienza a ser cimentada bajo los contornos de la explosión tecnológica propia del siglo XX, en virtud del desarrollo de la maquinización a gran escala, de la empresa automovilística, del comercio de productos industrializados, del desarrollo de la actividad nuclear, de eventos de contaminación ambiental, de nuevos lineamientos aplicables a la responsabilidad médica (fundamentalmente en Francia, en atención a la interpretación atribuida a la pérdida de una chance en este escenario); así como, en razón de la proliferación de accidentes<sup>75</sup> y de daños anónimos, esto es, de eventos que no pueden ser fácilmente atribuidos a la culpa de un agente, comprendiendo

<sup>70</sup> G. STIGLITZ, *La responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Bs. As. 1984, p. 6.

<sup>71</sup> L ENGEL, *La responsabilité en crise* Paris, Hachette (col. “Questions de société”), 1995, citado por D. TAPINOS cita n° 22.

<sup>72</sup> U. BECK, op. cit.

<sup>73</sup> A. GIDDENS, *Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*, Península, Barcelona, 1995.

<sup>74</sup> N. LUHMANN, *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 65-66.

<sup>75</sup> Así reconocido por A. TUNC, *“al indicar que en todos los países industrializados los procesos de responsabilidad se multiplican”*, en Directivas de las comunidades europeas en materia de responsabilidad civil por el hecho de los productos defectuosos, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, N° 1, p. 19, 1977.

en sí mismos la inseguridad para las víctimas de obtener una justa reparación, pudiendo ser considerados como simples eventos fortuitos.

30.- Por otro lado, el aludido cambio en la perspectiva del resarcimiento se ha verificado, puesto que el espacio jurídico, desde algunas décadas, ha sido impactado por una nueva especie de alea: **los riesgos y las incertidumbres derivados de la innovación científica a título de límite natural de los avances tecnológicos**. A su turno, consideramos pertinente que bajo los márgenes de la sociedad del riesgo tratemos de precisar qué entendemos por riesgos e incertidumbres, nociones importantes en el marco de nuestra labor investigativa, y que hasta este momento sólo hemos nombrado.

31.- El profesor O. GODARD y otros autores indican que *“la distinción entre incertidumbre y riesgo fue introducida por primera vez de manera explícita en 1921, por el americano F. KNIGHT y por el inglés J. M. KEYNES”*<sup>76</sup>. Para F. KNIGHT la distinción más evidente entre ambas nociones corresponde a que respecto del riesgo *“la distribución del resultado es conocida (sea por un cálculo a priori, sea por un cálculo estadístico). Mientras que en la incertidumbre esto no es posible (...) siendo única la situación considerada”*<sup>77</sup>. Complementamos lo anterior según lo expuesto por el profesor P. LASCOUMES, quien considera que el riesgo comprende un carácter de *“alea anticipable”*<sup>78</sup>, y se aprecia caracterizado por *“la precisión de la estimación de su ley de probabilidad y, entonces, por la posibilidad de tratarlo como un costo asegurable”*<sup>79</sup>, en otros términos, se identifica con *“la resultante del producto de la probabilidad o frecuencia de un accidente multiplicado por la gravedad de las consecuencias de este accidente”*<sup>80</sup>, o como *“la esperanza matemática de probabilidad del evento”*<sup>81</sup>; a su turno, la incertidumbre *“debe ser radicalmente distinguida de los riesgos calculables: acá no existe base científica alguna que permita su mensurabilidad”*<sup>82</sup>. Destacamos de lo señalado que el elemento fundamental de ambas nociones es la **probabilidad: la cual en este escenario puede manifestarse en sus facetas de objetiva y subjetiva**. Luego, el elemento identificador del riesgo corresponde a la existencia de una probabilidad objetiva que lo sustente, mientras que la incertidumbre estaría revestida de una probabilidad subjetiva *“vinculada al ejercicio de un*

<sup>76</sup> O. GODARD y otros autores, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, París, 2002, p. 12, en referencia a F. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Sentry Press, New York, 1921, y J. M. KEYNES, *A Treatise on probability* (1921), Macmillan, Londres, 1973.

<sup>77</sup> F. KNIGHT, “Risque et incertitude”, *Risques*, n°3, dic, 1990, p. 37.

<sup>78</sup> P. LASCOUMES, “Construction sociale des risques et contrôle du vivant”, *Prévenir*, 1993, N° 24, p. 23.

<sup>79</sup> C. GOLLIER, “Le risque de développement est-il assurable?”, *Risque*, n°14, abril-jun 1993, p. 50.

<sup>80</sup> L. GILLON, “Contraintes et risques technologiques, dans La réparation des dommages catastrophiques, les risques technologiques majeures en droit international et en droit communautaire”, *Travaux des XIIIe Journées d'études juridiques J. DAVIN*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 16.

<sup>81</sup> D. BERNOUILLI, “Spécimen theoriae novae de mensura sortis”, 1738. Traduction moderne: “Théorie sur La mesure du risque”.

<sup>82</sup> C. GOLLIER, art. precit., p. 50.

*juicio o a la formación de opiniones no científicas sobre la evolución futura de los acontecimientos* <sup>83</sup>.

32.- A título de cuestionamiento de la denominada probabilidad subjetiva, es interesante referirnos a lo expuesto por J. M. KEYNES. Para el señalado autor, un determinado evento *“no es probable porque lo creo* <sup>84</sup>, ya que en cuanto a los datos que han permitido configurar un conocimiento *“lo probable o improbable en estas circunstancias ha sido fijado objetivamente, y es independiente de nuestra opinión* <sup>85</sup>. Luego, toda probabilidad sería objetiva. Sin perjuicio del pensamiento del señalado economista inglés, creemos que los tiempos actuales han dado paso incluso a meras percepciones como componentes de una eventualidad en la verificación de un fenómeno dañoso, dando con ello lugar a los postulados de F. KNIGHT respecto de las probabilidades subjetivas. En fin, ambas nociones **–riesgo e incertidumbre–** proyectan una eventualidad futura, pero mientras el riesgo es vinculado a un espacio de previsión y probabilidad objetiva, la incertidumbre permite ser identificada con externalidades imposibles de controlar, con planteamientos hipotéticos, probabilidades subjetivas o meras posibilidades <sup>86</sup>.

33.- Desde un punto de vista más técnico, y recurriendo a lo expuesto por el profesor O. GODARD, hablamos de riesgo *“si la incertidumbre relativa a estos eventos es definida por una distribución de probabilidades objetivas* <sup>87</sup>. Más adelante, el citado profesor se refiere a las probabilidades objetivas manifestando que *“ellas son establecidas a partir de una información estadística, otorgadas por ejemplo en medicina por investigaciones epidemiológicas, o en física por la observación de colisiones en un gran acelerador de partículas* <sup>88</sup>. Luego el riesgo supone una apreciable regularidad estadística, mientras que la incertidumbre no es más que una amenaza proyectable. De aquí que sea posible reconocer la reabsorción detectable en casos de incertidumbre, cuando la evolución científica permite que su naturaleza torne hacia la vertiente del riesgo <sup>89</sup>.

34.- A mayor complemento, afirmamos que bajo un criterio objetivo, las probabilidades constitutivas del riesgo se traducen en la determinación de

<sup>83</sup> F. KNIGHT, art. préc., p. 36.

<sup>84</sup> J.M. KEYNES, *Treatise on probability* (1921), Collected Writings, vol. VIII, Cambridge, Macmillan, 1973, p. 19.

<sup>85</sup> J.M. KEYNES, op. cit., loc. cit.

<sup>86</sup> Desde este punto de vista, la incertidumbre parece identificarse con la noción de peligro que N. LUHMANN realiza en su obra *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 65-66. Para él tanto riesgo como peligro dicen relación con males futuros, pero mientras el riesgo es causado por una decisión humana, el peligro es fruto de externalidades que no se encuentran bajo control humano. Luego, la problemática del riesgo se encuentra enmarcada en el terreno de la toma de decisiones, mientras que el peligro en el escenario de la reparación.

<sup>87</sup> O. GODARD, op. cit., loc. cit.

<sup>88</sup> O. GODARD, op. cit., p. 13.

<sup>89</sup> Cf. N. TREICH, “Vers une théorie économique de la précaution?”, art. préc., p. 121.

posibilidades de realización de un evento a partir de la frecuencia observada del mismo. Mientras que respecto de un criterio subjetivo la probabilidad inherente a la incertidumbre mide la *"intensidad del asentimiento que el sujeto acuerda a sus juicios"*<sup>90</sup>, en circunstancias que *"ella no supone una repetición de eventos similares, sino que recae sobre eventos raros o únicos"*<sup>91</sup>. Luego, la probabilidad objetiva se verifica en la cadencia observada de los fenómenos, la subjetiva se identifica con la íntima creencia del ser humano, presentando ambas un importante destino común: la construcción del azar, mediante la *"fabricación de representaciones"*<sup>92</sup> derivadas tanto de juicios como de observaciones. En fin, como se indicó más arriba al citar a F. KNIGHT, la institución del seguro se encuentra íntimamente vinculada respecto de ambas nociones, así la posibilidad de cuantificar el evento conducirá en definitiva a distinguir si se trata de un riesgo o de una incertidumbre, entendiendo que el primero se enmarca en un escenario *"estático"*, mientras que la segunda en un contexto *"dinámico y evolutivo"*<sup>93</sup> administrable en virtud de medidas provisorias según el avance del conocimiento.

35.- Desde otro punto de vista, es posible comprender dentro del riesgo, en tanto género, a la incertidumbre. Lo anterior pues el género admitiría dos especies. Por un lado el riesgo cierto (susceptible de ser determinado científicamente); y por otro, el riesgo potencial o incertidumbre intrínseca (imposible de medirse técnicamente), siendo este último aquel que no puede ser determinado por una aplicación de estadísticas. Así, riesgo e incertidumbre son dos nociones íntimamente vinculadas, prueba de ello es que el riesgo, o si se quiere el riesgo cierto, ha sido también definido como la *"incertidumbre objetivamente probabilizable"*<sup>94</sup>. Unimos la relación expuesta a los estudios del profesor N. de SADELEER, quien distingue la existencia de tres tipos de riesgos<sup>95</sup>. El mencionado autor hace una relación de los denominados riesgos ciertos, de los riesgos residuales y de los riesgos inciertos. El factor de distinción de las indicadas figuras corresponde, respectivamente, al grado de percepción del riesgo, el cual puede ser probabilizable objetivamente, conjeturable o controvertido científicamente, pero no irracionalmente representable.

<sup>90</sup> Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", CNRS, Besançon, 7-9.11.2000, citado por D. TAPINOS, op. cit., loc.cit.

<sup>91</sup> Coloquio internacional, "Probabilités subjectives et rationalité de l'action", citado por D. TAPINOS, op. cit., n° 68.

<sup>92</sup> D. DACUNHA-CASTELLE, "Chemins de l'aléatoire. Le hasard et le risque dans la société moderne", Paris, Flammarion, 1996, p. 17.

<sup>93</sup> N. TREICH, "Le principe de précaution est-il économiquement acceptable?", INRA, sciences sociales, julio 2000, p. 2.

<sup>94</sup> F. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Sentry Press, New York, 1921, p. 215.

<sup>95</sup> N. de SADELEER, "Les principes de pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l'environnement", Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 174 y s.

36.- Como indicamos, **elementos vitales de esta sociedad corresponden al riesgo y a la incertidumbre** en tanto a su rol de característica inherente a toda actividad humana propia de un escenario de modernización constante, la que incluso puede afectar la misma existencia del hombre. En este sentido, la referida tipología social es representada básicamente por el reforzamiento de conceptos relativos a la seguridad, en otros términos: control de los riesgos, certezas, prevención y precaución. En este punto, podríamos perfectamente entender a la sociedad del riesgo como *“fruto del desarrollo”*<sup>96</sup>. Desarrollo que se comprende colateralmente con una **aversión a los riesgos por parte de las comunidades y la validación de mecanismos que permitan atenuarlos o eliminarlos**, por ejemplo en el escenario de políticas ambientales o sanitarias. Rescatamos lo señalado por el economista estadounidense P. BERNSTEIN, quien sostiene que *“la idea revolucionaria que define las fronteras entre los tiempos modernos y el pasado es el control del riesgo: la noción de que el futuro es más que un capricho de los dioses y que hombres y mujeres no permanecen pasivos ante la naturaleza. Hasta que los seres humanos descubrieron un camino a través de esa frontera, el futuro era un espejo del pasado, el dominio oscuro de los oráculos y los adivinos que tenían el monopolio sobre cómo anticipar los acontecimientos”*<sup>97</sup>. Lo citado reviste una trascendencia mayúscula, pues el futuro no se proyecta bajo un lente de resignación a una especie de voluntad divina, la que en nuestros días obligaría a considerar a las incertidumbres como una normal consecuencia del progreso, cuya verificación debiera ser identificada como un aceptable peligro colateral del proceso evolutivo de las ciencias, sino más bien identificándose con la convicción de que la especie humana puede controlar el porvenir e incluso alterarlo. El racionalismo, en definitiva, se apodera del desarrollo científico y con ello la percepción y lectura de los riesgos quedan fuera de la órbita celestial<sup>98</sup>.

37.- De acuerdo a lo indicado en el párrafo anterior, y sujetos a los designios de esta sociedad, es posible incluso **interrogarse sobre la licitud de la actividad científica** que está a la cabeza de innovaciones tecnológicas sin dominar ampliamente las contingencias nefastas de dichas actividades. Percibimos este punto como uno de vital importancia en un escenario amplio de responsabilidad, la cual no sólo alcanza al agente inmediato identificado como sujeto activo de un daño, sino que va más allá, llegando al científico mismo, en otras palabras, a la cuna de la innovación<sup>99</sup>. En este sentido, la existencia de incertidumbres o de riesgos hipotéticos demuestra en sí misma una clara evidencia de que las nuevas tecnologías abren paso a suposiciones y angustias frente a eventuales peligros, que lejos de ser desmentidos por la

<sup>96</sup> J. CORTI VARELA, op. cit., p. 24.

<sup>97</sup> P. BERNSTEIN, *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, Wiley, New York, 1996, p. 1.

<sup>98</sup> En otros términos: *“el progreso reemplaza poco a poco a la Providencia”* en S. ORTOLI et N. WITKOWSKI, op. cit., loc. cit.

<sup>99</sup> *Les scientifiques doivent-ils être responsables?*, Coll. Science, éthique et société, enero, 2013.

ciencia, tampoco pueden ser afirmados por ella. De lo indicado asumimos que **la integración de conocimientos, a lo menos hoy, es inversamente proporcional al utópico anhelo del riesgo cero**. En este espacio, la incapacidad del investigador por dominar los efectos de las técnicas que descubre constituye un evidente talón de Aquiles, que actúa, no obstante, como impulso a la investigación. Luego, el cuestionamiento por aquellas actividades humanas, comprendidas en el amplio género de los avances científicos y que estrictamente no pueden ser dominadas en cuanto a sus posibles efectos dañinos, constituye hoy una fuerza difícil de superar, capaz de discutir incluso los beneficios que el avance tecnológico trae aparejados, y de modelar las bases de ciertas técnicas jurídicas, elaboradas con el objeto de garantizar un amplio ideal de seguridad. Agregamos en este punto lo desprendido del citado profesor J. CORTI VARELA, quien enseña que las contaminaciones medioambientales de largo plazo (o de efecto latente) y el mejor conocimiento del funcionamiento de las leyes de la ecología nos demuestran la gran complejidad que revisten los ecosistemas. De aquí que sea difícil predecir el alcance exacto que tendrá la acción humana sobre la naturaleza. Cuando los daños medioambientales son visibles ya es demasiado tarde para actuar sobre su origen<sup>100</sup>. En fin, entendemos de lo indicado que la ciencia es considerada como insuficiente a la hora de definir ciertos riesgos y algunas incertidumbres que impactan a nuestra sociedad. Existe, contrarrestando, una idea de cultura precautoria, que propone fundar regulaciones en percepciones sociales, intuiciones políticas materializadas en medidas anticipativas o precautorias garantes de una seguridad vital de los seres humanos<sup>101-102</sup>.

38.- Es indudable que una de las facetas más importantes de esta **sociedad del riesgo** es entonces la que obedece a fundar las bases de una cultura jurídica de la precaución<sup>103</sup>. De aquí que pueda afirmarse que estamos entrando más bien a una **sociedad de la precaución**. En relación a lo expuesto, para una parte de la doctrina, el derecho de la responsabilidad adopta caracteres omnicomprendivos, pues además de perseguir la reparación de perjuicios verificados y vinculados causalmente a los comportamientos del agente dañoso o a los riesgos que comprende su actividad, incorpora al mérito resarcitorio, aquellos daños que si bien aún no son producidos, podrían posiblemente serlo en el futuro, generando un agravio irreversible y atentatorio en contra de los seres vivos en su conjunto, reteniendo bajo criterios anticipativos un cuestionado análisis *ex ante*

<sup>100</sup> J. CORTI VARELA, op. cit., p. 28.

<sup>101</sup> En este sentido M.A. HERMITTE et D. DORMONT "Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle", en P. KOURILISKY y G. VINEY (eds.) *Le principe de précautions*, Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 341-386.

<sup>102</sup> Ver, N. SADELEER, art. precit, pp. 45-46.

<sup>103</sup> En este sentido, R. PIETERMAN, "Culture in the Risk Society: An essay on the rise of a precautionary culture", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 22, 2001, p. 146.

de la responsabilidad civil.<sup>104</sup> En virtud de lo anterior, una marcada tendencia al cuestionamiento de riesgos y de las incertidumbres, y el empleo de técnicas legislativas y pretorianas destinadas a evitar el acaecimiento de un perjuicio, así como de brindar garantías efectivas para un eventual suceso, concentran la esencia de las evoluciones en este estadio. Naturalmente, en esta línea, el estado del arte o *state of the art*, pierde su rol de árbitro en la determinación de los riesgos, y figuras jurídicas como la relativa a “*los riesgos del desarrollo*”<sup>105</sup> comienzan a desmoronarse al carecer de sustento jurídico. La indicada cultura precautoria sienta sus bases, luego, en el desequilibrio notable entre progreso y conocimiento. En otras palabras, la incerteza científica ligada a una posibilidad de daño grave (en el sentido de irreversible) desnuda una letal vulnerabilidad del ser humano incapaz de hacer frente a las catástrofes vinculadas al avance científico. Evidenciándose, en consecuencia, el regresivo poder del ser humano sobre el medio que lo rodea, lo cual lo hace ser responsable no tan sólo por las consecuencias negativas de un comportamiento negligente, sino también por el alea que conllevan sus actividades.

39.- Se desprende de lo sostenido por el profesor H.-H. TRUTE<sup>106</sup>, a propósito de los argumentos de la cultura precautoria, que el avance del conocimiento científico ha tenido el efecto paradójico de ampliar el campo de la incertidumbre. La velocidad del desarrollo ha hecho que los principios y las leyes otrora incuestionables sean puestos en tela de juicio en pocos años. Cualquier conclusión de hoy puede ser dudosa el día de mañana. En otros términos afirmamos que el fenómeno evolutivo que estamos presenciando es altamente complejo y hoy lo es con mayor énfasis. En efecto, la era tecnológica de la que somos parte y el nivel de daños a los que la humanidad se expone, tales como: colectivos de diversa fuente, nanotecnológicos, transgénicos, etc., supone un fenómeno que incluso el mismo científico no es capaz de controlar.

40.- En fin, como dijimos, las alteraciones sociológicas no pueden quedar al margen del estudio de las evoluciones de los esquemas de responsabilidad, ya que los efectos sociales de la ciencia y de la tecnología obedecen en nuestro criterio **al motor del impulso jurídico-evolutivo**. En síntesis, a consecuencia del impacto sociológico de la modernidad, un amplio enfoque del instituto resarcitorio es susceptible de ser reconocido. Así, el tratamiento del **factor desconocido**, pieza fundamental del desarrollo, se traduce en el núcleo del proceso de cambio, provocado a consecuencia de la innovación científica. Siendo éste capaz de extender las clásicas fronteras del instituto y de alterar

<sup>104</sup> Ver infra n° 44, cita n° 113.

<sup>105</sup> S. CORDECH P., J. SOLÉ FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la Responsabilidad de Producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

<sup>106</sup> H.-H. TRUTE “From past to future risk – From Private to Public Law”, *European Review of Public Law*, 15 (1) pp. 73-103, 2003, esp. p. 84.

las condiciones sobre las cuales se estructura<sup>107</sup>. Sobre este desarrollo nos abocaremos en la segunda parte expuesta a continuación.

## **B.- Los avances científicos como impulso a la evolución del derecho de la responsabilidad civil.**

**41.- Los riesgos y las incertidumbres, por su parte, se elevan como elementos de la esencia de los principios de prevención y de precaución**, respectivamente, los cuales para nosotros constituyen un reflejo evidente de la modernización constante que alcanza al derecho de la responsabilidad civil. Asumimos lo anterior, pues ambos principios obedecen a un ejercicio de anticipación de daños, opuesto a la lógica esencialmente curativa de los tradicionales corolarios del instituto<sup>108</sup>. Enfocaremos esta segunda parte, exponiendo primero **ciertos alcances generales de las nociones (a)**, para luego pronunciarnos exclusivamente sobre el **principio de precaución (b)**.

### *a.- Principios de prevención y de precaución, nociones generales.*

42.- El riesgo y la incertidumbre constituyen herramientas efectivas de las que se vale el derecho de la responsabilidad en sus evoluciones y cambios. Estamos seguros que dicha comunión, está lejos de desaparecer. Lo anterior adopta trascendencia respecto del tratamiento de ciertos "riesgos de daños" actualmente en estudio, tales como el derivado de las antenas de celulares o de la ingesta de alimentos transgénicos.

43.- No es novedad indicar que desde un punto de vista clásico el recurso resarcitorio actúa *a posteriori*, es decir, luego de la verificación del daño que debe ser reparado. En palabras de la profesora G. VINEY, la responsabilidad civil curativa tiene por objeto establecer las "reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar este perjuicio otorgando a la víctima una compensación"<sup>109</sup>. El instituto entonces se ve caracterizado por dos grandes aspectos: en primer lugar, la responsabilidad civil adopta caracteres esencialmente reparadores o resarcitorios de un daño producido<sup>110</sup>; mientras que en segundo lugar, el

<sup>107</sup> Uno de las manifestaciones de este desarrollo se manifiesta en la abundante producción legislativa y reglamentaria que se constata en Francia. Aun cuando hacemos presente que esta ha sido fuertemente cuestionada. Ver, A. CURTET, E. DEMANGE et V. NICOLAS, "L'assurance des risques d'entreprise", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4 juillet 2009, entretien 4. Según estos autores: En 2006, el Consejo de Estado, había denunciado la existencia de una verdadera inseguridad jurídica. Desde aquí que sea común afirmar que la proliferación legislativa vuelve al derecho más y más incierto. Cfr. L. MAZEAUD, *La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque*, Tesis, Toulouse, 2010, cita n° 99.

<sup>108</sup> Con respecto al principio de precaución y su particular lectura de la responsabilidad civil, ver: M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en Droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, (Col. Bibliothèque de droit privé), tome 444, 2005, n°8.

<sup>109</sup> G. VINEY, *Traité du Droit civil*, sous la dir. De J. GHESTIN, Introduction à la responsabilité, Paris, LGDJ, 1995, 2 éd. n° 1.

<sup>110</sup> H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa por L. ALCALÁ-ZAMORA, Ediciones Jurídicas Europa-América,

instituto convive con un control previo de la autoridad pública relativa al ejercicio de determinadas actividades supeditado al conocimiento científico y a las experiencias del pasado, lo que nos conduce a indicar que frente a una ausencia de pruebas o de experiencias, siempre la libertad de actuación debería primar<sup>111</sup>. En concordancia con este punto, parece revestir aplicación el principio de común aplicación en Derecho Privado, relativo a que en esta rama del Derecho es permitido hacer todo aquello que la ley no prohíbe, constituyendo la regla imperante una libertad absoluta de acción, en principio sólo limitada por una norma legal expresa. Siguiendo al profesor H. CORRAL TALCIANI<sup>112</sup>, consideramos, no obstante, que el apuntado principio es incompleto pues las leyes civiles pueden vedar conductas mediante la utilización de estándares normativos amplios, como por ejemplo: las buenas costumbres, la moral, el orden público, etc., así como con el objeto de suspender el daño injustamente causado mediante la materialización de un principio acuñado por los romanos denominado *alterum non laedere* (nadie puede causar daño a otro injustamente).

44.- Sin perjuicio de lo anterior, importantes autores han manifestado la necesidad de extender la función preventiva de la responsabilidad civil<sup>113</sup>, refiriéndose a un importante poder anticipativo<sup>114</sup> fundado en la amenaza de daños de gran escala, traducida incluso en la sistematización de un régimen que persiga la paralización de cualquier actividad que caracterice un riesgo grave e irreversible para el medio ambiente o la salud pública, en virtud de una acción preventiva y colectiva de responsabilidad civil<sup>115</sup>, llegando a considerar al principio de precaución como un nuevo fundamento de la responsabilidad civil<sup>116</sup>, provocando discusiones y cuestionamientos<sup>117</sup> en la doctrina. En síntesis, el tradicional modelo de la

---

Buenos Aires, 1961, t. I., v. I, n° 3, p. 2; L. DIEZ-PICASSO, et A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1983, v. II, p. 612; O. TAPIA SUAREZ, *De La responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1941, p. 18; C. Suprema 06.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, p. 181.

<sup>111</sup> J. CORTI VARELA, op. cit., p. 26.

<sup>112</sup> H. CORRAL TALCIANI, op. cit., p. 66

<sup>113</sup> C. THIBIERGE, art. precit., M. BOUTONNET, op. cit.; G. J. MARTIN, "Précaution et évolution du droit", art. precit., p. 299, **del mismo autor**, "La mise en oeuvre du principe de précaution et la renaissance de l'action en responsabilité pour faute", JCP ed. E., 15 abril 1999, n° 1, p. 3, "Responsabilité, risque et précaution", en *Université de tous les savoirs*, sous la dir. d'YVES MICHAUD, vol. V (Qu'est ce que les technologies?), Paros, Odile Jacob, 2001, p. 593, y "Principe de précaution, prévention de risques et responsabilité: quelle novation, quel avenir?" AJDA, 2005, p. 2222; A. GUEGAN, "L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile", RJE 2000, n° 2, p. 147.

<sup>114</sup> Cf. M. REMOND-GOULLLOUD, "Le risque de l'incertain: la responsabilité face aux avancées de la science", art. préc., p. 341; C. RADE, "Le principe de précaution, une nouvelle étiquette de la responsabilité?", art. precit., p. 80; G. VINEY, "Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées", D. 2007, p. 1542.

<sup>115</sup> Ver M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, prólogo C. THIBIERGE, LGDJ, París, 2005.

<sup>116</sup> C. THIBIERGE, art. precit., M. BOUTONNET, op. cit.

<sup>117</sup> La corriente en comento defiende el reconocimiento de una responsabilidad civil radicalmente transformada, lo que respecto del principio de precaución configuraría una verdadera metamorfosis, en términos del profesor D. MAZEAUD, "Responsabilité civile et précaution", en *La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle, bilan prospectif*, RCA 2001, n°33.

responsabilidad fundado en la constatación de un daño verificado y en la conducente condena basada en el reproche moral del comportamiento o en el riesgo incurrido, comienza a incorporar al futuro en su análisis, alterando las lecturas de los sistemas de resarcimiento.

45.- Por su parte, la **lectura tradicional** de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil ha sido largamente reconocida por la doctrina francesa<sup>118</sup>, llegando a ser estimada incluso como una función accesoria o secundaria<sup>119</sup>, respecto a la finalidad resarcitoria perseguida por el instituto. En rigor, el mencionado rol preventivo o profiláctico involucra el efecto disuasivo provocado a consecuencia de la sanción atribuida a una determinada conducta conducente a no perpetrar nuevamente el acto dañoso, así como a la sociedad en general, cuyos integrantes se verán advertidos de realizar determinadas conductas, como mecanismo de evitar los desembolsos que a título de resarcimientos han sido efectuados por los agentes dañosos ya condenados<sup>120</sup>. En esta dirección los profesores G. VINEY et P. JOURDAIN exponen: *"desviando (...) los ineptos e incompetentes de actividades peligrosas o que sobrepasan sus capacidades, el derecho de la responsabilidad contribuye a evitar ciertos riesgos y por ahí a prevenir ciertos daños"*<sup>121</sup>.

46.- Por otro lado, las nociones de prevención y de precaución están dirigidas a evitar los riesgos y las incertidumbres que sean capaces de provocar el agravio, analizados en un estricto marco de proyección o representación científica. Luego, mientras la prevención se ligue a un riesgo científico cierto, la precaución será enlazada con un riesgo científico potencial<sup>122</sup>, que idealmente y razonablemente no debe ser corrido, en consideración a las eventuales consecuencias técnicamente proyectadas o idealmente representadas, respectivamente. En síntesis *"la prevención reposa sobre una certeza relativa a la posibilidad de acaecimiento de un riesgo mientras que la precaución reposa sobre una incertidumbre portante sobre la posibilidad de acaecimiento de un riesgo. La prevención visa el caso donde el riesgo es percibido, pero además es posible de atribuirle una cierta*

<sup>118</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2da ed., París, 2005, n°39 et s.; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, París, 2011, n°s 3 y 4; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9ª ed., París, 2005, n° 690; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, LGDJ, París, 1987, n° 408.

<sup>119</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Le fait juridique*, Sirey, 14ª ed., París, 2011, n° 85.

<sup>120</sup> Ver H. CORRAL, op. cit., pp. 66 y 67. En el derecho anglosajón también es posible detectar un amplio reconocimiento a la finalidad preventiva de la responsabilidad. En efecto, la escuela del análisis económico del derecho defiende una "función social preventiva de las reglas que definen los daños indemnizables", en términos del profesor E. BARROS BOURIE (op. cit., n°142.)

<sup>121</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 463.

<sup>122</sup> Cf. F. EWALD, "Le retour du malin génie", in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la dir. d'O. GODARD, París, Maison des sciences de l'homme et de l'INRA, 1997, p. 99 et s.; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, "Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre", París, Odile Jacob, 2000, p. 18 et 151; D. BOURG et J.-L. SCHELEGEL, "Parer aux risques de demain. Le principe de précaution", París, Seuil, 2001, p. 138; Ph. KOURILSKY, "Du bon usage du principe de précaution", París, Odile Jacob, 2002, p. 45.

probabilidad de ocurrencia, siendo entonces un riesgo conocido. La precaución visa el caso donde el riesgo es percibido, es decir, representable, pero esta percepción no permite ser incorporada totalmente. El riesgo es solamente supuesto"<sup>123</sup>. Nos referiremos a continuación a algunos de los alcances del riesgo abarcados por el principio de precaución.

### ***b.- El principio de precaución, ¿un mecanismo de defensa frente a riesgos hipotéticos?***

47.- La novedad de una anticipación a **riesgos científicos razonablemente representables** como la enmarcada en los límites del principio de precaución, ha obedecido a un progresivo reconocimiento. Así, los orígenes del principio conducen a Alemania (*Vorsorgeprinzip*), país en el que se retuvo la figura encuadrándose en un estricto marco administrativo, en cuya virtud, el Estado disponía de amplias facultades para intervenir a título de una buena gestión de tareas justificativa de la implicación del Estado en la vida de sus ciudadanos<sup>124</sup>, dirigiéndose, en principio, *"mucho más a la política pública que a la conducta privada"*<sup>125</sup>. De aquí que haya autores que defiendan la vinculación del principio en referencia más bien a la responsabilidad administrativa<sup>126</sup>. Por otro lado, es insoslayable reconocer que hay una importante parte de la doctrina francesa que asume la vinculación del principio precautorio al actuar de las personas privadas, proponiéndose en definitiva un campo de acción no solamente limitado a la acción del gobierno o de las autoridades públicas, sino también a la de los particulares e industriales cuyas prácticas pueden provocar un impacto sobre el medio ambiente o la salud<sup>127</sup>, asumiendo que el reconocimiento constitucional relativo al principio de precaución en Francia<sup>128</sup> puede abarcar tanto al espectro publicista como el privatista. De público conocimiento es el hecho que el principio de precaución ha sido retenido por el derecho internacional<sup>129</sup>,

<sup>123</sup> D. TAPINOS, "Prévention, précaution et responsabilité civile", L'Harmattan, Paris, 2008, n° 71.

<sup>124</sup> T. O'RIORDAN et J. CAMERON, "The history and contemporary significance of the precautionary principle" in *Interpreting the Precautionary principle* (Cameron May Ltd, 1994), Londres, Earthscan Publications Ltd, 1994, p. 12 específicamente, p. 16.

<sup>125</sup> H. JONAS, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, (1979, trad. Fr. J. Greisch, Les Editions du Cerf, 1990), Paris, Flammarion, col. Champs, 1998, p. 42.

<sup>126</sup> M. DEGUERGUE, "La responsabilité administrative et le principe de précaution", *RJE*, N° spécial, 2000, p. 105; A. GOSSEMENT, op. cit., p. 379 et s.

<sup>127</sup> A propósito de este punto, L. BOY, "Le principe de précaution, de la morale au droit", *La recherche*, déc. 1990, n° 326, p. 86; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, op. cit., p. 143; A. GUEGAN, art. précit, p. 153; G. J. MARTIN, "Apparition et définition du principe de précaution", *PA*, 30 nov. 2000 n° 239, p. 7; J.-M. FAVRET, "Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel", *D.* 2001, chron. p. 3462.

<sup>128</sup> Art. 5° Charte de l'environnement.

<sup>129</sup> Declaración ministerial de la segunda conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte, 1987: "Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de sustancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas sustancias incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico"; Artículo 174 Tratado de Ámsterdam, 1997 (antiguo artículo 130 R n° 2 Tratado de Maastricht): "La política de la Comunidad en el dominio del medio ambiente (...)

y por el Derecho comunitario<sup>130</sup>, debiendo pasar algunos años para que la fuerza derivada de los focos de daños que citamos en la primera parte de este trabajo, impulsaran en Francia su reconocimiento legal<sup>131</sup> y constitucional en materia de medio ambiente<sup>132</sup>.

48.- Siguiendo los términos del profesor N. de SADELEER, **no debe estimarse que un riesgo residual, deba ser cubierto por el principio de precaución**, toda vez que éste forma parte de los *“riesgos hipotéticos que reposan sobre consideraciones puramente especulativas sin ningún fundamento científico”*<sup>133</sup>. Dichos riesgos no deberían estar cubiertos por la garantía anticipativa integral, ya que en términos del mismo autor *“la especulación, la conjetura, la intuición, la alerta, la denuncia o el examen no es capaz de justificar por sí mismo una actitud de precaución”*<sup>134</sup>. Así las cosas, los riesgos comprensibles dentro de las fronteras de la precaución deben ser aquellos que son denominados como inciertos, en otros términos, aquellos cuyo acaecimiento *“permanece controvertido en el plano científico, sin que sea irracional representar su ocurrencia sobre la base de ciertos datos aun cuando estos no sean aún validados”*<sup>135</sup>. En este sentido, siempre lo razonable debe primar, el principio de precaución no debe ser entendido como un mecanismo alejado a un juicioso análisis de la incertidumbre aplicada a un caso concreto<sup>136</sup>. Desprendemos lo anterior tomando como apoyo el artículo L. 110-1 del Código del Medio Ambiente francés, del cual se entiende que la precaución se identifica por una *“ausencia de certezas, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento”*, en otros términos, frente a la insuficiencia objetiva de datos probabilísticos relativos a la proyección del riesgo, se dispone del recurso dirigido a retener un riesgo de daño determinable subjetivamente, esto es, de una incertidumbre cubierta por la precaución. **En contra, en caso de existir certezas científicas, será la prevención la que será llamada a actuar.** Lo dicho no se aleja de las conclusiones

---

*es fundada sobre los principios de precaución y de acción preventiva, sobre el principio de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente y sobre el principio quien contamina paga”.*

<sup>130</sup> Art. 174 del Tratado que configura la Comunidad Europea.

<sup>131</sup> Ley de 02 de febrero de 1995, artículo 110-1 Código del Medio Ambiente: *“La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable”.*

<sup>132</sup> Art 5° CPE: *“Cuando la realización de un daño, aunque incierto en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución, y dentro de sus competencias, por poner en marcha los procesos de evaluación de riesgos y adoptar medidas provisionales y proporcionadas a fin de evitar la realización de un daño”.*

<sup>133</sup> N. de SADELEER, op. cit., p. 176.

<sup>134</sup> N. de SADELEER, op. cit., loc. cit.

<sup>135</sup> N. de SADELEER, op. cit., loc. cit.

<sup>136</sup> Cf. Rapport au Premier ministre sur le principe de précaution (29.11.1999) refiriéndose a la precaución la considera como *“una actividad de la que se puede razonablemente suponer que ella comporta un peligro”*. Así también, el proyecto de ley relativo al refuerzo de la protección al Medio Ambiente (10.1994) exige para la aplicación de una medida de precaución la existencia de *“serios motivos para preocuparse del estado del Medio Ambiente”*.

económicas a las que nos referimos más arriba al citar a F. KNIGHT respecto de la relación íntima entre las nociones de riesgo, incertidumbre y seguro<sup>137</sup>.

49.- Desde un punto de vista general, destacamos que *“la distinción de la prevención y de la precaución no puede encontrar entonces su legitimidad en atención a que ella reposa sobre un modelo preestablecido de la evolución del estado de la ciencia en cada dominio donde ella es susceptible de ser aplicada”*<sup>138</sup>. Desprendemos que el devenir científico y técnico se sitúa en plena relación respecto de ambas nociones. Particularizándose su vinculación en materias en que la vida puede verse afectada producto del desarrollo de las ciencias, o dicho en palabras de un autor, en caso en que puedan concretarse situaciones de *“agravio a lo viviente”* o aquellos *“agravios de origen humano provocados a todo lo que es necesario para la vida”*<sup>139</sup>, las cuales, agrega el mismo autor, constituyen el *“dominio de precaución del principio de precaución”*<sup>140</sup>. Por su parte no debe estimarse que **a causa del principio de precaución la prevención tenga vedados los espacios en que la salud y el medio ambiente**<sup>141</sup> constituyen valores jurídicos protegidos por las legislaciones<sup>142</sup>. Lo anterior, pues el elemento de distinción de ambas figuras más allá de los dominios de acción corresponde a los estándares de precisión del riesgo. En otros términos, y haciendo nuestras las palabras de M. H. LEGAL, la precaución y la prevención, y los riesgos representados o ciertos, respectivamente, actúan en dos estados: *“el de la acumulación de indicios que conducen a la formulación de una hipótesis y aquel donde una verificación pragmática permite analizar esta hipótesis como confirmada”*<sup>143</sup>.

50.- Punto de comentario obligado, corresponde a aquel que se refiere al **nivel en la constatación de la magnitud de los indicios que facultan al juez para reconocer el accionar del principio de precaución**. Defendemos que no todo riesgo potencial amerita una protección anticipativa radical como la derivada del principio precautorio, en concordancia con ello recordemos lo justificado por N. de SADELEER<sup>144</sup>. Sobre este aspecto resulta importante intentar esbozar los cimientos de un **estándar habilitante**. De esto resulta importante hacer presente que en el derecho internacional, si bien existen referencias

<sup>137</sup> Ver Supra n°34, cita n° 93.

<sup>138</sup> D. TAPINOS, op. cit., n° 43.

<sup>139</sup> L. NEYRET, *“Atteintes au vivant et responsabilité civile”*, Paris, LGDJ (col. Bibliothèque de droit privé), tome 468, 2006, n° 28.

<sup>140</sup> L. NEYRET, op. cit, 745.

<sup>141</sup> Ver en este punto, C. CANS *“Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l’environnement dans la loi du 2 février 1995”*, p. 200. Agregamos que la ley Barnier de 1995, en sus trabajos preparatorios, utilizaba los términos *“principio de precaución”*, aun cuando su texto final, fue substituido por *“principio de acción preventiva”*.

<sup>142</sup> En este sentido, A. KISS, *Risque et droit*, APD, 1991, p. 51.

<sup>143</sup> H. LEGAL, *“Conclusions sur CE, Ass. 9 avril 1993 (3 arrêts)”*, RFDA, 1993, p. 595.

<sup>144</sup> Ver Supra n° 48.

al principio de precaución, la excesiva amplitud de sus condiciones impide desprender bases para la configuración de un estándar de incertidumbre que permita distinguirlo de la prevención. En efecto, diversos cuerpos legislativos, consagran el principio precautorio en caso de existir una ausencia “absoluta”<sup>145</sup> de certeza científica, y aun cuando otros cuerpos reconocen implícitamente la necesidad en la estructuración de umbrales de incertidumbre no clarifican mayormente la cuestión. En este aspecto hacemos presente la referencia –en sede de precaución– de la exigencia de indicios “pertinentes”<sup>146</sup> relativos a la especie de riesgo tratada.

51.- Mayor es la claridad aportada a nivel europeo por la Comisión de Comunidades Europeas, que en su “Comunicación sobre el recurso al principio de precaución” manifiesta que el elemento que conduce a la aplicación del principio de precaución es “una hipótesis de riesgo potencial, aun si este riesgo no puede ser enteramente demostrado, su amplitud cuantificada o sus efectos determinados en razón de la insuficiencia o del carácter no concluyente de los datos científicos”<sup>147</sup>. Agregando posteriormente que la incertidumbre científica puede resultar de diversas vías, entre otras de “una controversia en los datos existentes o en la ausencia de ciertos datos pertinentes”<sup>148</sup>. **Con ello desprendemos que las puertas del principio de precaución no deberían abrirse en dominios gobernados por una incerteza absoluta conducente a la hipotética constatación de un riesgo.** El riesgo debe ser al menos discutido científicamente, analizado, estimado como verificable, si es que esta verificabilidad sea cierta y segura. De lo contrario sería del todo factible entrar en la órbita del riesgo del desarrollo, en atención a riesgos ignorados<sup>149</sup>, o incluso en el espacio de riesgos imaginados, citados por el profesor Ph. KOURISLKY en un importante artículo<sup>150</sup>. De aquí que sea posible ajustar la medida precautoria a condiciones determinantes, tales como la potencialidad del daño, y la discusión científica sobre el mismo, aun cuando naturalmente los datos en la verificación del evento no sean indiscutidos, pues en caso contrario se invadiría el escenario del principio de prevención y de los riesgos ciertos. Apuntamos en este criterio la Resolución del Consejo Europeo sobre el principio de precaución (09.12.2000), que estableció que es posible recurrir a la garantía anticipativa radical, “desde que la posibilidad de efectos nocivos sobre la salud o sobre el medio ambiente es identificada y que una evaluación científica preliminar sobre la base de los datos disponibles no permita concluir con certitud el nivel del riesgo”<sup>151</sup>. Esta

<sup>145</sup> Por ejemplo, Convención marco de Naciones Unidas sobre los cambios climáticos (05.1992), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (06.1992).

<sup>146</sup> Por ejemplo, Convención de Viena sobre la protección de la capa de ozono (1985), Protocolo de Cartagena sobre la protección de riesgos tecnológicos (01.2000).

<sup>147</sup> COM (OO) 153 final, J.O.C.E., c 2000/58 (02.02.2000), & 5.1.

<sup>148</sup> Comunicación precit, &5.1.3.

<sup>149</sup> Sobre este punto nos pronunciaremos en un posterior trabajo.

<sup>150</sup> Ph. Kourilsky, *La science en partage*, París, Odile Jacob, 1998, p. 230.

<sup>151</sup> D. TAPINOS, p. 73.

línea parece ser la incorporada en el fallo del tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas de fecha 21.10.2003, en el cual se declaró que el principio de precaución no tiene vocación de aplicabilidad en materia de *“los riesgos puramente hipotéticos que reposan sobre simples hipótesis científicamente no fundadas”*, sino que por el contrario *“tiene el efecto de prevenir los riesgos potenciales”*<sup>152</sup>. Este criterio había sido antes expresado por el mismo Tribunal en fallo de 11.09.2002, del cual se lee que el principio de precaución no puede ser aplicado sino cuando *“el riesgo, sin que su existencia y pertinencia hayan sido demostradas “plenamente” por datos científicos concluyentes, aparece, sin embargo, suficientemente documentado sobre la base de datos científicos disponibles al momento de la aplicación de la medida”*<sup>153</sup>. En síntesis, bien puede el principio de precaución ser rechazado judicialmente cuando se defiende un *“planteamiento puramente hipotético del riesgo, fundado en simples suposiciones científicas no validadas”*<sup>154</sup>.

**52.- En suma, reiteramos que el principio de precaución debe ser encuadrado dentro de los márgenes de lo razonable.** Es por ello que estimamos que es de toda lógica la conceptualización realizada por el Informe al Primer Ministro sobre el principio de precaución de fecha 29.11.1999, el cual enseña que la medida de precaución debe adecuarse a *“una actividad de la que se puede razonablemente suponer que comprende un daño”*<sup>155</sup>. En seguida, y de acuerdo a lo expuesto más arriba, estimamos como razonable exigir la potencialidad científica del riesgo, y la justificación de esta potencialidad, nunca conducente a una total clarificación del evento, como presupuestos esenciales del principio de precaución. Lo indicado, estimamos, permite calificar un riesgo como **representable**, elemento fundamental del principio en comento, y sobre el cual se pronuncia el *“Informe y opinión sobre el principio de precaución y la responsabilidad en el dominio alimenticio”*, de fecha 20.09.2001, en cuya virtud el Consejo Nacional de la Alimentación (CNA) consideró en atención a la referencia de la potencialidad del riesgo demandante de la precaución, el cual no es otro que *“aquel que es susceptible de generar un peligro (todo efecto negativo posible sobre la vida, el potencial físico o el establecimiento de las personas y más precisamente los consumidores de productos alimenticios)”*<sup>156</sup> en que el alea puede ser apreciado por una hipótesis seria apoyada sobre una información pertinente, aunque ésta no sea verificada científicamente”<sup>157</sup>.

<sup>152</sup> TPICE, 21.10.2003, “Solvay Pharmaceuticals BV c/ Conseil de l’Union européenne”, Affaire T-392/92, & 129, Rec. CJCE, 2003, p. II-04555.

<sup>153</sup> TPICE, 11.09.2002, “Alpharma Inc. c/ Conseil de l’Union européenne”, Affaire T-70/99, Rec. CJCE, 2002, p. II-03496, &157.

<sup>154</sup> Sentencia precit. & 156.

<sup>155</sup> Ph. KOURILSKY et G. VINEY, op. cit., p. 215.

<sup>156</sup> Rapport du CNA, & 1.2.1.2.2.

<sup>157</sup> Rapport du CNA, & 1.2.1.2.3.

## **Conclusión**

53.- El derecho de la responsabilidad civil recibe como impulso a su desarrollo la fuerza de la innovación científica. Sin perjuicio de lo anterior, las nuevas perspectivas jurídicas no deben ser analizadas separadamente de los cambios o paradigmas sociales. De aquí que sostengamos que todo cambio o adecuación jurídica presenta vocación de aplicabilidad dentro un continente social determinado. Por otra parte, los cambios a los que nos hemos referido no necesariamente constituyen rupturas a las clásicas instituciones propias de los modelos de resarcimiento. Es así como por ejemplo en Francia la tradicional noción de culpa, en tanto fundamento de la responsabilidad, se ha adecuado a los nuevos tiempos de la mano del poder interpretativo de la jurisprudencia. Por otro lado, nuevas figuras son objeto de discusión. En este sentido el principio de precaución forma parte del escenario jurídico francés en la materia que nos concierne. En cuanto a este último punto, hemos defendido su funcionalidad dentro de un marco de razonabilidad sustentado en indicios serios.