

**HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL JUSTO PARA EL
RÉGIMEN DE DAÑOS POR PRODUCTOS ELABORADOS.
UNA MIRADA RAWLSIANA**

Cristian Ricardo A. Piris

**HACIA LA CONSTRUCCIÓN
DE UN SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
JUSTO PARA EL RÉGIMEN DE
DAÑOS POR PRODUCTOS
ELABORADOS.
UNA MIRADA RAWLSIANA**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

2014

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LVII

Piris, Cristian Ricardo Abel

Hacia la construcción de un sistema de responsabilidad civil justo para el régimen de daños por productos elaborados, una mirada rawlsiana.- 1a ed. - Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2014.

314 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-87-2

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 346.2

Fecha de catalogación: 5/08/2014

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2014, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2013 - 2016)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios
LUIS MOISSET DE ESPANÉS

RESOLUCIÓN N° 5/2014

Córdoba, 5 de mayo de 2014

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 1° de abril se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes «*Dalmacio Vélez Sársfield*» Edición 2013.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas «*Hacia la construcción de un sistema de responsabilidad civil justo para el régimen de daños por productos elaborados. Una mirada Rawlsiana*» del Dr. **Cristian Ricardo Piris**, aprobada por la Universidad Nacional del Nordeste y «*La marca en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio desde la perspectiva del MERCOSUR*» de la Dra. **Soledad Richard**, aprobada por la Universidad Nacional de Córdoba.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas al derecho administrativo, el derecho civil y el derecho comercial y comparado. Los tesis han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho argentino y de la integración, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que

permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por los tesisistas.

Que dicho premio brinda a su vez, una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA,

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el **Premio Publicación Tesis Sobresalientes «Dalmacio Vélez Sársfield» Edición 2013** a las tesis doctorales «*Hacia la construcción de un sistema de responsabilidad civil justo para el régimen de daños por productos elaborados. Una mirada Rawlsiana*» del Dr. **Cristian Ricardo Piris** y «*La marca en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio desde la perspectiva del MERCOSUR*» de la Dra. **Soledad Richard**.

2º) Establecer que las impresiones de las tesis premiadas se efectuarán en forma prorrateada en razón de la disponibilidad presupuestaria.

3º) Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

4º) Comuníquese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

RESUMEN

En los últimos 50 años vivimos una verdadera explosión de la problemática de los daños al consumidor.

De todo el amplio espectro de temas que abarca esta situación nos hemos abocado a lo que consideramos el nodo central del Derecho de Daños, los factores de atribución de responsabilidad, es decir, las razones por las cuales se justifica la adjudicación de la carga de los costos del daño (o su prevención) a un sujeto determinado, ya sea víctima, agente causal o tercero.

Determinar y justificar una regla jurídica que regule la atribución de responsabilidad por daños al consumidor dista de ser una tarea sencilla porque se trata de un fenómeno complejo, multifacético y mutable. Constituye un enorme desafío poder captar la realidad de los daños en el consumo y desde allí poder articular soluciones jurídicas satisfactorias.

En esta investigación nos apartamos de lo que constituye la labor tradicional de la Dogmática Jurídica, entendida como exégesis de textos normativos, relevamientos de doctrina judicial y autoral, críticas, y propuestas de *lege lata* y *lege ferenda*.

Precisamente la complejidad del tema nos llevó a realizar un esfuerzo de *jurisprudencia normativa*, en el sentido de buscar las justificaciones que se brindan a las soluciones propuestas. Ello nos permitió situarnos en los límites mismos de la Ciencia Jurídica y considerar los aportes de visiones diferentes en torno a esta cuestión, como el Análisis Económico del Derecho, la Filosofía Moral, y la Teoría de las Decisiones.

Creemos que el mayor valor de utilizar estas herramientas radica en que el Derecho puede nutrirse de una combinación de esos razonamientos y, fuera del alcance de intentos reduccionistas, lograr un equilibrio complejo a la hora de cumplir su labor consistente en regular conductas con equidad.

La tesis plantea parte de una combinación de Análisis Económico del Derecho, Filosofía Moral y Teoría de las Decisiones, para justificar un factor de atribución por daños al consumidor que estimamos justo; porque sin dejar de ocuparse de la eficiencia, también es sensible a la existencia de distintos tipos de daños, y le brinda una solución especial a los perjuicios personales, poniendo a resguardo los bienes primarios de los seres humanos en atención a la particular incidencia en los derechos esenciales de los individuos.

INTRODUCCIÓN

Aunque no lo advirtamos por efectos de la cotidianeidad del fenómeno, la relación de consumo posee una enorme importancia tanto si la analizamos desde una óptica jurídica como económica.

En la actualidad, la relación de consumo posibilita a las personas la adquisición de aquellos bienes y servicios que necesitan para satisfacer sus necesidades. Subrayamos la importancia que esta relación tiene en la actualidad, porque hasta no hace más de dos siglos las personas producían gran parte de lo que consumían, por esa razón, lo que hoy denominamos contratos de consumo estaba reservado principalmente para algunos bienes suntuarios, pero en la actualidad la casi totalidad de las cosas y servicios que se consumen deben ser adquiridos en el mercado, y ello es posible a través del vínculo que vamos a someter a estudio.

La sociedad de consumo supone un quiebre de la autosuficiencia, es decir, de la idea de la existencia de un agente económico (persona o familia) que pueda prescindir del mercado dado que produce los bienes que destina al autoconsumo. En el presente, ni el hombre de campo cumple con este paradigma. Esto marca la importancia y centralidad que tiene el consumo en la vida de las personas en los tiempos que corren.

La relación es el ámbito donde se produce el último giro de la circulación de la riqueza de una sociedad. En el contexto de ésta pueden surgir daños al consumidor, que deben ser afrontados -individual o conjuntamente- por quien resulte víctima del mismo (consumidor), o por quien lo originó (algún eslabón de la cadena de producción-distribución-comercialización, todos o algunos de ellos de manera solidaria), o

por un tercero (por ejemplo, el Estado). Esta afirmación se condice básicamente con lo expuesto por López Olaciregui quien expresaba que “el problema de la atribución frente al daño civil consumado tiene tres posibles soluciones: a) dejarlo en cabeza de aquel que lo sufrió; b) convertirlo en indemnización y transferirlo a quien lo causó; c) repartirlo entre ambos”¹.

Delimitaciones conceptuales

El presente trabajo está referido a la responsabilidad civil de quienes producen, distribuyen y comercializan productos y servicios destinados al consumidor, y que por sus defectos pueden resultar dañosos para éstos o para terceros.

La primera demarcación afecta al campo de la responsabilidad involucrado, la responsabilidad civil, por lo que dejamos fuera del análisis las de carácter penal o administrativo, de las cuales también pueden ser pasibles quienes dañan a consumidores.

La segunda delimitación se circunscribe a los sujetos y a los daños. No nos interesa tratar todos los daños que pueda provocar la puesta en el mercado de un producto elaborado -por ejemplo sobre la competencia- sino solamente los daños que puedan afectar a la persona o bienes de los consumidores o terceras personas por efecto del “consumo” de esos productos o servicios defectuosos.

La tercera precisión alude a que no nos ocuparemos de todos los daños que puedan afectar al consumidor por razón del producto defectuoso -por ejemplo, los denominados daños intrínsecos del producto ocasionados por su desperfecto o malfuncionamiento-. Estos quedan bien cubiertos bajo el sistema de garantías, antes que por el sistema de responsabi-

¹ José María LÓPEZ OLACIREGUI, “El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad”, en Responsabilidad Civil y Seguros N° 9 (septiembre de 2007), pág. 113.

lidad civil. Por ello nos ocuparemos de los daños que pueden afectar al consumidor en su integridad personal o sus bienes.

Finalmente, la cuarta aclaración se circunscribe el campo de análisis del extenso universo de este ámbito de la responsabilidad civil, en el sentido de abocarnos al estudio de uno de los elementos de la responsabilidad que mayores variaciones y problemáticas ha generado en los últimos 50 años: el factor de atribución o imputabilidad.

Como bien explica Pizarro, el factor de atribución es aquel “elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona”².

Coincidimos con Pizarro y Vallespinos cuando afirman que cuando tratamos el factor de atribución, estamos en presencia de uno de los principios fundamentales del Derecho de Daños³.

Denominación del campo de estudio

Con relación a la denominación de este campo de estudio también es conveniente hacer alguna precisión. Se lo designa en el *common law*, de donde es originario, como *product liability*, de allí que se lo haya traducido literalmente como “*responsabilidad del producto*” o “*responsabilidad de los productos*”, pero se trata de una incorrección terminológica dado que el producto no es sujeto de derecho y por ende no puede tener responsabilidad; lo que sí sucede es que el producto la genera, por ello es preferible hablar de responsabilidad por

² Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pág. 11.

³ Ramón Daniel PIZARRO y Carlos VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. II, pág. 466.

productos, o con más precisión responsabilidad por productos defectuosos⁴.

Tallone se refiere a este campo como responsabilidad civil por productos elaborados, considerando a esa denominación correcta, aunque reconoce que también es abarcativa de los servicios⁵. También se lo denomina Derecho de Daños por productos elaborados, cambiando la referencia a la responsabilidad civil, que al parecer es una denominación que va cayendo en desuso.

Producto es un término que no tiene mayores antecedentes en nuestro Derecho, y en rigor de verdad tampoco en los derechos de tradición continental, al menos como una categoría de bien, es decir como una cosa mueble elaborada, manufacturada, industrializada o de alguna forma modificada por la intervención del hombre. Para Vélez Sársfield un producto es un objeto que se separa o se saca de una cosa y que al ser separada de ésta disminuye o altera su sustancia, a diferencia del fruto que es producido por la cosa de manera regular y periódica⁶. El producto vendría a ser un provecho no renovable, y el fruto un beneficio renovable de carácter periódico.

Desde otro punto de vista, podemos apreciar que el producto es un instrumento del daño, ni siquiera el único, ya que existe un amplio espectro de objetos susceptibles de causar

⁴ José Antonio PAYET, *La responsabilidad por productos defectuosos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pág. 24.

Sirva como aclaración que si bien mucho se habla de productos defectuosos en el Derecho Comparado, en nuestro país la ley 24.240 optó por no hacer referencia a los mismos y ocuparse directamente de los daños ocasionados al consumidor por productos o servicios, lo cual creemos es una posición correcta. En nuestro Derecho no se construyó un concepto de producto defectuoso, riesgoso o vicioso, simplemente se operó un traslado del concepto de cosa riesgosa o viciosa del art. 1113 del Código Civil al ámbito de daños al consumidor.

⁵ Federico TALLONE, *Daños causados por productos elaborados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pág. 21.

⁶ Nota al art. 2.329 del Código Civil.

daños al consumidor que no son productos, desde ya los servicios, pero pensemos también en cosas no “producidas” como la venta de una mascota enferma (por ejemplo, un perro con rabia), los inmuebles (nuevos destinados a vivienda), las partes renovables del cuerpo humano que se hallan el comercio (esto es objeto de discusión), bienes incorporeales (por ejemplo, información errónea contenida en un mapa de rutas), etc. En rigor de verdad lo que interesa a este segmento de la responsabilidad es el objeto del daño (el consumidor) y el ámbito donde éste se produce (relación de consumo), no el instrumento que puede ser variable y diverso.

Kelly denomina a este segmento de la responsabilidad como responsabilidad del fabricante y habla de daños causados por productos elaborados, pero explica que es por una cuestión de comodidad dado que reconoce que no sólo los fabricantes pueden ser responsables y no sólo las cosas muebles elaboradas pueden generar la responsabilidad de la que se ocupa⁷. No obstante, al referirse al fabricante -o más correctamente productor- se quita el acento que la denominación debería poner sobre la víctima del daño.

Por lo expuesto, consideramos más apropiada la denominación Derecho de Daños al consumidor por ser más abarcativa e incluir bajo ese rótulo también a los servicios. Además, adoptamos el uso moderno del apelativo *Derecho de Daños*, que viene desplazando al tradicional epígrafe responsabilidad civil, pero básicamente hace alusión al mismo objeto de estudio. No obstante lo expuesto, somos conscientes de que esta denominación amplia que postulamos no se encuentra exenta de observaciones, dado que podría pensarse que al abarcar a todos los daños producidos al consumidor, por ende también comprendería a otros no derivados del defecto del producto o servicio -por ejemplo, los generados en un simple incumplimiento contractual-. A pesar de ello, creemos que

⁷ Julio Alberto KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, Buenos Aires, Heliasta, 1985, pág. 10.

resulta conveniente su adopción, atento a que elimina la referencia al producto, que equívocamente hace alusión a un bien material y que en consecuencia, *prima facie*, pareciera excluir a los servicios dañosos.

Por otra parte, la sola referencia al producto nos lleva a otro posible equívoco, y es que no discrimina en su denominación a la víctima del daño, que puede ser tanto el consumidor como algún componente de la cadena de distribución-comercialización⁸, y como veremos en el capítulo 3 referido a “los fundamentos del derecho del consumidor a reclamar daños”, esta es una diferenciación que corresponde realizar. Por estas mismas razones también consideramos esta definición preferible a aquellas que aluden a los fabricantes o productores.

En razón de lo expuesto, el título mismo de esta tesis ameritaría una corrección, debiendo quedar redactado de la siguiente forma: “Hacia la construcción de un sistema de responsabilidad civil justo para el régimen de daños al consumidor”.

Opciones metodológicas

Todo sistema de responsabilidad civil plausible debe determinar con claridad quién/es (sujetos), por qué (razones) y cómo (modo) debe/n soportar los daños.

Estos tres interrogantes (principalmente el primero y el segundo) podemos afirmar que constituyen los problemas medulares en la teoría de la responsabilidad civil.

En el Derecho del Consumidor se parte de una base muy sólida: *debe protegerse al consumidor*. No se trata de un Derecho “imparcial” o “neutral”, sino tuitivo, protectorio; la pro-

⁸ Por ejemplo, una botella que estalla en la mesa del consumidor y lo lesiona, no se rige por las mismas reglas que si estalla en la bandeja del mozo provocándole similares lesiones, en cuyo caso los daños deberían ser tratados como accidente laboral, más allá de las acciones de regreso que el empleador podría intentar contra el fabricante.

pia denominación deja patente esta consideración. No obstante ello, también se reconoce el contexto en que este microsistema jurídico se desarrolla, porque se trata de una disciplina jurídica que sólo cobra importancia en el seno de la moderna sociedad de consumo, y ésta se sitúa a su vez en una economía de mercado. Sólo una economía de mercado brinda el ámbito en el cual puede desarrollarse el Derecho del Consumidor como un cuerpo orgánico y sistemático de normas; sería absurdo hablar de este Derecho en una economía rudimentaria o sin derecho de propiedad ni libertad contractual.

Constituye una tendencia firme a nivel mundial, la *emancipación* del Derecho de Daños al consumidor derivados de los productos o servicios defectuosos, a los efectos de garantizar la indemnidad de éste en las relaciones de consumo, más allá de las reglas generales sobre responsabilidad. En este sentido se manifiesta el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando expresa que “el Derecho del Consumo en relación a los productos elaborados es, tal vez hoy, el núcleo central de la expansión de la responsabilidad civil en el campo de la vida privada”⁹.

Desde otra óptica, y ampliando los puntos de referencia, se puede afirmar que “la preocupación jurídica por los daños causados mediante productos defectuosos es la confluencia de dos de las más modernas ramas del derecho: la Protección al Consumidor y la Responsabilidad de la Empresa”¹⁰. Ahondando este concepto se afirma que “en este punto, la Protección al Consumidor se intersecta con las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil. Como lo expresa Rojo y Fernández-Río, el tema de la responsabilidad civil por los daños causados mediante productos defectuosos no es meramente un sector del territorio de la Protección al Consumi-

⁹ Ricardo LORENZETTI, “Fundamentos constitucionales de la responsabilidad civil”, Conferencia en el IX Congreso Internacional de Derecho de Daños. <http://www.aaba.org.ar/bi24mp02lorenzetti.htm> (última visita 5/5/2008).

¹⁰ José Antonio PAYET, ob. cit., pág. 26.

dor. ‘Enfocar así el problema’ indica el autor español, ‘sería equivocado y parcial’. Se trata más bien de una de las manifestaciones de un fenómeno de carácter general: el de la responsabilidad de la empresa”¹¹.

Lo señalado más arriba nos marca que el desafío es doble: proteger al consumidor en la relación de consumo y a su vez no atentar contra las bases de la economía de mercado.

Sabemos que el mercado tiene un incuestionable valor práctico, dado que hoy no quedan dudas de que constituye el instrumento más adecuado para la obtención de aquellos bienes que necesitamos para nuestra subsistencia y que no estamos -ni estaremos- en condiciones de producir por nosotros mismos. Pero solemos pasar por alto que también tiene un importante valor moral. Podría afirmarse, desde un punto de vista consecuencialista, que de su valor económico se infiere su valor ético; o bien que la libertad que se requiere en un libre mercado es condición de la libertad política de una democracia; o también que garantiza el funcionamiento de la *mano invisible* que permite asegurar beneficios particulares y sociales a la vez. También podemos justificarlo desde un punto de vista deontológico, afirmando que es bueno en sí mismo porque su tendencia natural es moverse hacia equilibrios competitivos Pareto-óptimos, o porque a él se llega como consecuencia del ejercicio de derechos incuestionables como la libertad del individuo y el derecho a disponer de su propiedad¹².

Por ello abordaremos el tema desde una visión jurídica, pero también nos ocuparemos de analizar la visión económica. Buscando, en la medida de lo posible, compatibilizar visiones que suelen mostrarse como divergentes.

Somos plenamente conscientes de que la responsabilidad civil por daños al consumidor constituye un tema actual, con-

¹¹ Idem, pág. 28.

¹² Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Mercado y Justicia”, en Rev. Isonomía N° 2, págs. 7-14.

trovertido y particular. Que dada sus especiales propiedades caracterizantes amerita un abordaje distinto a los ya conocidos estudios dogmáticos que abundan en torno de esta materia.

Por otra parte, reiterando una delimitación ya esbozada, de todo el universo posible de análisis referido a los daños al consumidor, sólo nos centraremos en los factores de atribución por tratarse de una cuestión vertebral que nos permitirá responder a las preguntas antes enunciadas atinentes al quién, cómo y por qué de la atribución de los daños.

En primer lugar vamos a circunscribir el objeto de análisis. En ese sentido vamos a recortar un segmento de la responsabilidad civil, como es la responsabilidad por daños al consumidor y pasaremos a explicar por qué motivos consideramos que se trata de un espacio jurídico “distinto”, “especial”, que amerita soluciones “locales” y no le son suficientes las traspolaciones de soluciones jurídicas de otros segmentos de la responsabilidad como accidentes de tránsito, daños nucleares, etc., o mucho menos la aplicación del régimen general del sistema de responsabilidad civil.

El inicio de este trabajo consistirá en determinar cuál es la naturaleza del derecho que asiste al consumidor dañado, o más propiamente para evitar cualquier interpretación de tipo ontológica que suele darse al estudiar la mal llamada naturaleza jurídica de las instituciones, nos vamos a ocupar de determinar cuáles son los fundamentos del derecho del consumidor a recibir un trato diferenciado en cuanto a daños se refiere. Por ello, iniciamos este trabajo con un capítulo referido a los fundamentos del derecho del consumidor a la reparación de daños, haciendo un análisis de los argumentos de mayor entidad esgrimidos en la doctrina para justificar tal protección especial.

En segundo lugar, vamos a exponer la evolución del sistema de responsabilidad en materia de daños al consumidor, con referencia al factor de atribución de responsabilidad que, a nuestro entender, es el área medular de las transformaciones que se han venido produciendo de un tiempo a esta parte.

Nos ocuparemos de explicar los motivos -fundamentos- por los cuales el consumidor requiere de una protección es-

pecial, basada en la imputación objetiva. Puntualmente explicitaremos las razones que se han esgrimido para poner al consumidor por fuera de las reglas generales de la responsabilidad civil y colocarlo al amparo de normas que le otorgan una protección más amplia en comparación con una víctima común. En ese contexto, analizaremos críticamente cuáles argumentos justificarían plenamente la actuación jurídica y política del Estado en favor del consumidor en el contexto de un sistema de organización estructurado con base en el mercado.

Consideramos que la inclusión de este capítulo resulta pertinente debido a que, lamentablemente, muchos autores nos demandan un ejercicio de fe en lo referido a esta problemática. Nos piden que creamos que el Derecho es el mejor remedio a los “males” de una economía que desampara al consumidor, y nos exhortan a postular que el consumidor es un débil estructural en el mercado, necesitado del auxilio del Derecho. Puede que todo esto sea cierto -y creemos que lo es-, pero las escasas explicaciones que nos dan y los rudimentarios argumentos que muchas veces se esgrimen, como si esos presupuestos fueran evidentes por sí mismos, nos ponen ante el desafío del creyente; quizás esto funcione bien para la religión, pero con seguridad no para la ciencia, por ello estimamos que adentrarnos en los fundamentos, lejos de ser un ejercicio ocioso, resulta ser absolutamente necesario para comprender las propiedades caracterizantes del problema.

Vale precisar que previo a ello y apuntando al mismo objetivo, decidimos incluir un capítulo referido a los antecedentes del régimen de responsabilidad por daños al consumidor como una manera de contextualizar el análisis de los fundamentos, que si bien abarcarán todo el sistema de responsabilidad por daños al consumidor sólo será como punto de referencia, porque haremos hincapié en el factor de atribución. Dichos capítulos integran la primera parte de esta investigación.

Posteriormente, vamos a exponer los argumentos esgrimidos por los autores para justificar soluciones especiales. En este punto procederemos a dividir esos argumentos en tres categorías: a) tesis jurídico-pública, que consideramos

que no debe ser tratado como un capítulo de la responsabilidad civil sino como un seguro social, b) tesis jurídico-privadas, que son propias del Derecho Privado y c) tesis económico-utilitaristas.

Someteremos a crítica a dichas teorías y vamos a señalar una situación llamativa: que las soluciones jurídicas y económicas son en gran parte coincidentes en las soluciones propuestas, pese a hacer uso de estructuras conceptuales y tener fines bien diferentes.

Veremos que, en general, las soluciones económicas -y jurídicas- propugnan un sistema de responsabilidad con factor de atribución objetivo, estableciéndose que la culpa de la víctima debe operar como causal de exoneración. Para el Análisis Económico del Derecho (más adelante también podremos hacer referencia a éste por sus siglas AED) esto es así porque se trata de daños bilaterales; es decir, en cuya causación pueden intervenir tanto el agente causal como la propia víctima, siendo eficiente una solución que maximice las precauciones tendientes a la evitación del daño.

Ahora bien, consideramos que la responsabilidad civil es el ámbito de la justicia correctiva; es decir, de aquella que se ocupa de la transferencia de los costos de aquellos daños producidos por acciones incorrectas. Pero adherimos a la tesis que afirma que la responsabilidad por daños al consumidor se halla fuera del campo de acción de esta justicia porque se trata de daños sociales. En atención a lo cual se abre la brecha que permite aplicar consideraciones económicas en la cuestión.

Si bien vamos a hacer la crítica a dichas tesis, nos vamos a explayar en lo que denominamos la visión económica, porque primero debemos explicar en qué consiste el Análisis Económico del Derecho dado que no es común su utilización en nuestro medio, pero sobre todo porque brinda soluciones, que estimamos argumentalmente más sólidas que muchas tesis jurídicas, en el sentido que tiene claramente explicitados sus presupuestos y las propuestas que realizan gozan de completitud y consistencia lógica.

Sabido es que la Economía parte del supuesto de que el hombre tiene necesidades insatisfechas y que los bienes necesarios para satisfacerlas son escasos, por ello se ocupa de procurar la más eficiente distribución de esos recursos. Así se explican las razones por las cuales se considera que un fin básico de la Economía es el logro de la eficiencia en la asignación de los recursos.

Desde antaño se han establecido sólidas vinculaciones entre el Derecho y la Economía¹³ (o mejor, entre ciertas ramas del Derecho y de la Economía), y en especial en estos tiempos de auge de una nueva forma de interrelación denominado Análisis Económico del Derecho.

En los comienzos de la década de 1960, a partir de la célebre obra de Ronald Coase¹⁴, *The problem of social cost* (El problema del costo social), y el trabajo de Guido Calabresi¹⁵, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts* (Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y el Derecho de Daños), se sientan las bases de lo que luego se conocería como el AED.

El AED se caracteriza "... por la aplicación de teorías económicas y métodos empíricos de los economistas al sistema legal"¹⁶. Es "una pretensión fundamental del AED que la totalidad del sistema jurídico pueda analizarse y reformularse mediante la aplicación de un número relativamente pequeño de conceptos económicos fundamentales"¹⁷. En definitiva, lo

¹³ A nadie escapa la estrecha conexidad existente entre los postulados de la Economía clásica y los principios de los códigos decimonónicos, especialmente en materia de Contratos y Responsabilidad Civil.

¹⁴ Ronald COASE, "The problem of social cost", en *Journal of Law and Economics*, N° 3, 1960. Traducción en español, "*El problema del costo social*", en *Revista de Estudios Públicos*, N° 1, págs. 81-134.

¹⁵ Guido CALABRESI, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", en *Yale Law Journal*, N° 70.

¹⁶ Ma. Josefina TAVANO, "¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 13.

¹⁷ *Idem*, pág. 15.

común y definitorio del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho¹⁸.

A través de las herramientas que nos proporciona el AED someteremos a estudio los factores de atribución de responsabilidad, a los efectos de evaluar cuán eficiente es la asignación de los recursos en los distintos supuestos.

El AED explica que ante la ausencia de un acuerdo real entre la víctima y el responsable del daño, debido a los altos costos de transacción, entonces se debe recurrir a las cláusulas de un acuerdo hipotético, el cual hubiera sido suscripto por las partes de haber podido negociar. Pero para que esto sea posible es necesario previamente que acordemos las propiedades caracterizantes de los sujetos en cuestión.

La ciencia económica tiene resuelto este punto, a través de la creación del *homo economicus*, un hombre racional cuyos caracteres veremos más adelante, pero no es del todo claro que debamos aceptar sin más ese perfil.

En primer lugar nuestra crítica será externa, porque vamos poner en tela de juicio al valor del *homo economicus*, y propondremos su reemplazo por un sujeto diferente, con características "rawlsianas"; es decir, un ser humano también hipotético, que reúna ciertas condiciones apropiadas de la posición original, al cual pondremos a reflexionar sobre qué regla de responsabilidad civil adoptaría para su sociedad sin saber si será consumidor o productor -es decir, qué lugar ocupará en esa sociedad- aunque, en realidad, le daremos una simple e importante información, que él podrá ser o no proveedor, pero con seguridad en todos los casos también será consumidor.

Desde la economía seguramente nos responderían que tienen asumido que el hombre real no es identificable con el hombre racional; que esa es una crítica carente de mayor valor, porque igualmente esa construcción llamada *homo*

¹⁸ Pedro MERCADO PACHECO, *El análisis económico del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 27.

economicus tiene valor predictivo en sus elucubraciones porque la gente se comporta como si fuera racional, especialmente cuando hay cuestiones económicas de por medio.

Entonces, también nuestra crítica será interna porque vamos a demostrar que el *homo economicus* adoptaría una solución diferente a la propuesta por el AED. Asimismo, vamos a poner a reflexionar al *homo economicus* ahora puesto en situación de negociar un contrato hipotético, para ver a qué solución podría arribar brindándole información que el AED no le ha provisto.

En ambos casos vamos a demostrar que adoptarían un sistema de protección total para los bienes primarios, adoptando otro diferente, con exclusión por culpa de la víctima, para los daños a bienes materiales.

En nuestra tesis vamos a sostener que:

- 1) La imposibilidad de hacer uso de la justicia correctiva nos abre camino para utilizar otro marco conceptual para tratar la difícil cuestión de los daños al consumidor.
- 2) El AED -en su versión moderada- constituye una teoría consistente para servir de base para ocuparse de estos daños.
- 3) No obstante servirnos de marco conceptual de fundamentos, el AED trata a todos los bienes como bienes económicos y les aplica la misma solución, lo cual consideramos constituye un error y una injusticia. Creemos que no pueden ser asimilados daños patrimoniales con daños a la persona del consumidor.
- 4) El AED no es sensible a la distinción entre bienes primarios y bienes materiales, que una buena teoría debe tener en cuenta y aplicarle soluciones diferentes.

Por lo expuesto, consideramos que el conjunto de principios que deben determinar las reglas de atribución de responsabilidad por daños al consumidor, son:

- I. La intención dañosa (dolo) debe absorber cualquier otro factor de atribución. En este caso, el "*animus nocendi*" -tanto del productor como del propio consu-

midor- fija el daño en *cabeza* de quien lo causó excluyendo cualquier consideración adicional. Aquí se aplica plenamente la máxima que expresa que “en cualquiera de los casos es aplicable un mismo esquema de solución: con el daño debe cargar quien lo quiso”¹⁹.

- II. Básicamente, el régimen de responsabilidad por daños al consumidor debe construirse por fuera de los conceptos de culpa e ilicitud.
- III. El *contrato de consumo* relaciona al vendedor (fabricante o no) con el consumidor-contratante. En cambio la relación de consumo vincula a la cadena de fabricación-distribución-comercialización con el consumidor. La relación de consumo no es necesariamente de naturaleza contractual aunque en su interior puedan existir contratos de diversos tipos que vinculen a los actores en cuestión. La responsabilidad del productor debe pensarse en el marco de la relación del consumo y no en el contexto del contrato de consumo.
- IV. En materia de responsabilidad por daños al consumidor, la culpa no opera de modo alguno; y sólo podría tener lugar al interior de la cadena de responsables, pero nunca frente al consumidor.
- V. La culpa de la víctima sólo debe considerarse como eximente o atenuante de responsabilidad del productor cuando se trata de la afectación de bienes económicos del consumidor, no así cuando se hallen comprometidos bienes primarios.
- VI. La responsabilidad del proveedor debe ser atribuible a título objetivo; quedando obligado él mismo por haberse producido el daño, por vicio o defecto del producto o servicio que introdujo en el mercado.
- VII. La atribución de responsabilidad a título objetivo para el productor se funda en razones de “evitabilidad” y en asimetrías de información y mayor capacidad de

¹⁹ José María LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., pág. 114.

dispersión de costos, debiendo descartarse otras consideraciones como el riesgo creado, enriquecimiento, etc.

VIII. El sistema de responsabilidad debe propender, ante todo, a la prevención de los daños personales, a través de la disuasión de mercado e, incluso, de la colectiva en los casos más paradigmáticos.

En otro orden de ideas, también podría plantearse que la cuestión central de la teoría de la responsabilidad, que señalábamos más arriba -quién, cómo y por qué debe soportar los daños-, no es más que un derivado de la siguiente pregunta: ¿cómo lograr una protección eficiente del consumidor ante los daños derivados de los productos que, a la vez, no lesione nuestro sentido de justicia?

Si afirmáramos con Posner que ambos conceptos coinciden al punto de confundirse, la pregunta no tiene razón de ser ya que la formulación misma sería incorrecta. Pero si no fuese así, cabrían tres combinaciones posibles entre la justicia como valor jurídico y la Eficiencia como valor económico, a saber, justicia y eficiencia en un pie de igualdad, Justicia como valor supremo o eficiencia como valor supremo.

Si aceptáramos la primera combinación deberíamos buscar alguna fórmula que nos asegure una convivencia armónica entre ambos valores, de forma tal que podamos obtener, de ser posible, leyes justas y eficientes a la vez. Si fuésemos partidarios de la segunda combinación nos preocuparíamos principalmente en obtener leyes justas y haríamos uso de la eficiencia sólo como una pauta de selección entre dos o más leyes o decisiones que resultasen igualmente acordes a nuestro criterio de justicia. Con relación a la tercera combinación, hasta donde llega nuestro conocimiento, ningún autor importante se lo ha planteado o al menos no en estos términos; quien más ha avanzado en este sentido ha sido el mismo Posner afirmando que la ineficiencia es una forma de injusticia, dado que un estado de cosas ineficiente -es decir, cuando se dilapidan recursos- es necesariamente un estado de cosas injusto.

Más allá de la controvertida aseveración de Posner, Bustamante expresa que “en general, los economistas han concluido en que la labor secular de los legisladores, jueces y juristas demuestra una coincidencia sistemática entre la solución jurídica y la consideración de eficiencia, aunque este objetivo rara vez esté mencionado como un propósito explícito en el derecho privado”²⁰.

De todas maneras, creemos que a los efectos de adecuar las pretensiones teóricas de este trabajo resulta conveniente presentar una aclaración fundamental. Si bien vamos a dedicar un importante espacio a la visión económica, ello no quiere decir que la vayamos a adoptar como propia y en tal sentido propugnaremos por la eficiencia como el fin al cual debemos apuntar. Por el contrario, defenderemos un criterio de justicia que brinde la más amplia protección posible al consumidor y que resulte compatible con un sistema de economía de mercado, en función de los argumentos desarrollados en el capítulo de fundamentos, y estableciendo que la eficiencia no puede ser un valor lexicográficamente superior a la justicia.

De esta forma consideramos que se explicitan suficientemente los presupuestos teóricos en los cuales se fundan determinadas decisiones y posturas que de otra forma parecerían ser arbitrarias. Esto es importante de señalar porque estamos convencidos de que el punto de vista crea el objeto como afirma Bourdieu²¹, y por ello “la investigación científica se organiza de hecho en torno de objetos construidos...”²². Análogamente, tanto Popper como Bachelard consideran que los seres humanos vamos a los hechos con teoría o con una carga de preconcepciones, pero nunca ingenuamente. En este

²⁰ Jorge Eduardo BUSTAMANTE, “Responsabilidad por daños”, en BUERES, Alberto (director), *Responsabilidad por daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. I, pág. 161.

²¹ Pierre BOURDIEU, Jean-Claude CHAMBOREDON y Jean-Claude PASSERON, *El oficio de sociólogo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1975, pág. 51.

²² Idem, pág. 52.

sentido, poner de manifiesto desde un principio cuál es la teoría que sustenta la necesidad de proteger al consumidor y desde esa concepción intentar la selección de un criterio de atribución de responsabilidad nos pondrá a cubierto de “obstáculos epistemológicos”²³.

²³ Gastón BACHELARD, *La formación del espíritu científico* (traducción de José Babini), México, Siglo XXI, 1999, pág. 15 y ss.

CAPÍTULO 1

LOS DAÑOS AL CONSUMIDOR

Este capítulo está destinado a contextualizar nuestro análisis, en razón de lo cual vamos a exponer los conceptos generales a utilizar a lo largo del trabajo.

El objeto de la relación de consumo es la adquisición de un producto o servicio, el cual eventualmente puede resultar dañoso para el consumidor porque, como explica Alpa, “en la sociedad moderna es fenómeno habitual la propagación de daños vinculados con el proceso productivo”²⁴.

En materia de responsabilidad civil, se ha abierto un camino propicio a la consideración de los daños al consumidor como un capítulo autónomo. En un principio, el tratamiento particularizado se generó a partir de los productos elaborados (también y aunque no se trate exactamente de lo mismo, como tendremos oportunidad de ver, se denominó a este capítulo como referente a los productos dañosos o defectuosos, incluso peligrosos²⁵), pero posteriormente este panorama se

²⁴ Guido ALPA, *Derecho del consumidor* (traducción de Juan Espinoza Espinoza), Lima (Perú), Gaceta Jurídica, 2004, pág. 397.

²⁵ “El concepto de producto peligroso es fáctico, mientras que los conceptos de producto seguro y de producto defectuoso son normativos. Ahora bien, mientras que el concepto de producto seguro actúa con carácter genérico y durante toda la vida del producto (desde su entrada hasta su salida del mercado), el concepto de producto defectuoso actúa sólo en el caso concreto de que se produzca un daño.

fue ampliando y actualmente abarca no sólo a productos sino también a servicios.

La problemática de los daños al consumidor resulta compleja, máxime cuando aquellos resultan del vicio o defecto de un producto elaborado.

En apretada síntesis lo expresan Kemelmajer de Carlucci y Parellada, cuando explican que “en nuestra época la elaboración a nivel artesanal tiende a desaparecer, los productos llegan al consumidor final tras una larga cadena de proveedores de los diferentes elementos que los componen y de los consabidos intermediarios. La determinación del fabricante responsable se torna dudosa dada la gran cantidad de piezas elaboradas por distintos industriales que se reúnen para llegar al producto final. El desarrollo de la técnica no sólo va creando nuevas situaciones de peligro de daños sino que comporta una mutación en el modo en que éstos se producen porque en gran parte son anónimos; la figura del dañado sigue siendo cierta, en cambio la del agente se esfuma”²⁶.

Con el avance de la sociedad de consumo, el aumento de los daños ocasionados por productos elaborados puso de manifiesto la exigencia y la necesidad de una reglamentación específica para atender a este tipo de responsabilidad.

En principio, ante la ausencia de normas concretas y específicas, se producía una extrapolación a esta materia de la normativa prevista para otros tipos de responsabilidad. Pero

En general, y desde una perspectiva *ex ante* a la producción de un daño, puede afirmarse que todo producto es, en mayor o menor medida, peligroso, pues todo producto puede causar un daño. Sin embargo, algunos presentan características más idóneas que otros para ello, de modo que hay productos más peligrosos que otros. La peligrosidad es, por tanto, una cuestión de facto que depende de las características propias e inherentes de cada producto”. Conf. Carlos RUIZ GARCÍA e Ignacio MARÍN GARCÍA, “Producto inseguro y producto defectuoso” en Rev. InDret 4/2006, Working Paper N° 388. Barcelona, octubre de 2006, www.indret.com, pág. 5.

²⁶ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Carlos PARELLADA, “La responsabilidad por el empleo de las cosas”, en Jorge MOSSET ITURRASPE (director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 401.

esta “importación” de normas no siempre condujo a resultados satisfactorios, tanto por lo específico de la conducta que aquí se trata, como por la complejidad de aspectos jurídicos que esta clase de responsabilidad implica. Era necesario superar las normas generales del Código Civil, en sus limitaciones y disquisiciones, dado que no estaban pensadas para la compleja problemática que nos ocupa. Adicionalmente, el fenómeno de la globalización y la regionalización obligaban a estar atento a lo que sucedía allende las fronteras nacionales; también en este aspecto se ve con fuerza el ocaso del derecho nacional tradicional; ensimismado y pendiente sólo de su propia realidad local.

Como explica Andorno, “los daños originados por productos defectuosos han puesto de manifiesto, una vez más, la inadecuación de la disciplina tradicional de la responsabilidad civil, basada en la culpa como criterio fundamental de imputación del daño al responsable, para atender satisfactoriamente los nuevos supuestos de daños que de una u otra forma aparecen ligados al desarrollo industrial y tecnológico propio de la sociedad actual. Esos nuevos casos de daños pusieron de relieve, en efecto, que aplicando esa disciplina tradicional, la mayoría de las víctimas quedaba sin indemnización ante la dificultad de probar la culpa del causante del daño. Porque en esos supuestos, la culpa, si existe, se diluye, en cuanto el elemento humano pierde cada vez mayor relevancia en el mecanismo de producción del daño. La solución que con carácter general se ha arbitrado al respecto ha sido, como se sabe, la de consagrar supuestos de responsabilidad objetiva, en los que la existencia de la responsabilidad no depende ya de la culpa, proporcionando así a las víctimas de esos daños un responsable, facilitándose de ese manera su derecho a ser adecuadamente resarcidas”²⁷.

²⁷ Luis ANDORNO, “Responsabilidad civil por productos elaborados”, J.A. 1997-III-651.

Podemos afirmar que lo fundamental de esta problemática es que se halla referida a los bienes de consumo por excelencia -productos elaborados-, los cuales presentan ciertas particularidades en lo que a daños se refiere. Lo que ha provocado que se desarrollen reglas de responsabilidad especial para atender a este fenómeno.

Producto y servicio

Todas las definiciones de consumidor lo preceptúan como aquella persona (o grupo de personas) que adquiere o utiliza “bienes”, entendidos como productos (cosas) y servicios. Si bien existen excepciones a este principio general, lo importante es destacar que no ha sido recepcionado, al menos referido a cuestiones prácticas, el distingo teórico entre consumidores y usuarios, concebidos los primeros como adquirentes de cosas y los segundos como adquirentes de servicios. Es decir, todo aquel que adquiera o utilice productos o servicios será considerado consumidor o usuario, siendo las consecuencias legales idénticas en ambos casos.

En primer lugar veremos el concepto de servicio, dado que la cuestión de su determinación dista de ser sencilla.

A manera de ejemplo, podemos ver en el Mercosur que la Resolución 123/96 Grupo Mercado Común establece en el apartado V que “*las precisiones sobre el concepto de servicios continuarán siendo objeto de armonización por los estados partes*”. Lo que evidencia la falta de uniformidad en la región a este respecto. Esto se refuerza si tomamos en consideración las definiciones que figuran como anexo en el protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo porque expresamente enuncia que “*mientras el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor, no haya acordado una definición para ‘servicios’, será adoptada, para los efectos de este protocolo, la interpretación jurídica del foro actuante*”.

Si pasamos a analizar las definiciones legales de cada país integrante de este bloque regional, veremos que son contes-tes en sentar como base que se considerará servicio a cual-quier actividad ofrecida a título oneroso a un consumidor en el mercado. También son coincidentes en excluir del concep-to de servicio las prestaciones que resultan de las relaciones laborales²⁸.

Con relación a qué debemos entender por producto, la cuestión es más sencilla, hay consenso en definirlo como “*cual-quier bien mueble o inmueble, material o inmaterial*” (Código del Consumidor del Brasil, art. 3 § 1. Resolución 123/96 Gru-po Mercado Común, apartado IV), o en igual sentido “*cual-quier bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble*” (Ley Uru-guaya de Relaciones de Consumo, art. 5)²⁹.

²⁸ El Código del Consumidor del Brasil conceptualiza en su art. 4 §2 que “servicio es cualquier actividad provista en el mercado de consumo, mediante remuneración, incluye las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral”.

Por su parte, la Ley Paraguaya de Defensa de los Consumidores y Usua-rios considera servicios a “cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales” (art. 4º inc. D).

La Ley Uruguaya de Relaciones de Consumo instituye en su art. 5º la siguiente definición de servicio “es cualquier actividad remunerada, sumi-nistrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales”.

Finalmente la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina no contiene definición alguna de servicio.

²⁹ Por su parte, la Ley Paraguaya de Defensa de los Consumidores y Usuarios define producto como “todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso” (art. 4º). La ley argentina no contiene una definición de producto pero del texto de sus arts. 1º, 11 y art. 1º del decreto reglamentario, podemos entender por producto todas las cosas muebles (consumibles y no consumibles) e inmuebles, antes de la reforma de la ley 26.361 los inmuebles alcanzados sólo abarcaban a los nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.

Por lo visto en las definiciones legales podemos afirmar que producto es un concepto que se hace extensivo a todas las cosas muebles (consumibles y no consumibles) y a las inmuebles; tanto materiales (corporales) e inmateriales (incorporales).

Con relación a los productos defectuosos, existe una extensa doctrina y legislación dedicada al tema en Europa. Allí se pone al acento en este tipo de productos a la hora de ocuparse de los daños al consumidor.

Según el art. 6 de la Directiva 374/85 CEE (Comunidad Económica Europea):

“1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso:

- a) la presentación del producto;*
- b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto;*
- c) el momento en que el producto se puso en circulación.*

2. Un producto no será considerado defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado”.

En igual sentido se manifiesta la legislación española a través de la Ley 22/1994, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Según su art. 3: *“1. Se entenderá por producto defectuoso, aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.*

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”.

En nuestro medio, la doctrina y la jurisprudencia prefieren hablar del producto elaborado más que del dañoso, defectuoso o peligroso.

El original art. 40 de la LDC hacía referencia al “vicio o defecto de la cosa”, pero no llegó a tener vigencia por efecto del veto del Poder Ejecutivo. Posteriormente, la ley 24.999 lo reincorporó a la Ley de Defensa del Consumidor pero rectificando términos, ahora se refiere al “vicio o riesgo de la cosa” en consonancia con lo dispuesto en el art. 1113 del Código Civil.

De todas formas, doctrinariamente se definen los productos elaborados en los siguientes términos: como “... todos los bienes muebles de consumo, tales como alimentos, medicamentos, electrodomésticos, automóviles, etcétera”³⁰, o bien como “... las cosas fabricadas o elaboradas, o sea aquellas que son el resultado de la transformación de otras cosas por la actividad del hombre aplicada a las mismas”³¹. Pero más detalladamente podemos decir que “[s]e entiende por producto elaborado toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso haya intervenido la actividad humana, y los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo (ej: aplicación de fertilizantes) como en su conservación, fraccionamiento o envase”³².

No obstante ello, en nuestras legislaciones no se prevé concepto de productos defectuosos, ni siquiera elaborados; simplemente se definen productos y servicios y se pasa a la regulación de los daños causados por éstos, por lo que escudriñar en sus características constituye una labor de alcance teórico, sin mayor aplicación en la práctica.

³⁰ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, Par 1493.

³¹ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1997, par. 1088.

³² Juan FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 209.

Particularidades de los daños por productos

Ahora bien, los daños ocasionados por los productos se caracterizan por su “complejidad” y “masividad”.

La “complejidad” del bien tiene que ver con el desarrollo tecnológico, es decir, con los cambios que se han producido en los procesos de elaboración a partir de la evolución de la ciencia y la técnica, que hace que sea mucho más costoso para el consumidor acceder a información precisa y completa sobre las características del producto en cuestión; en consecuencia, se profundiza la brecha en términos de conocimientos entre los contratantes y se acentúan las asimetrías.

Hasta principio del siglo XX los bienes que se comerciaban en el mercado eran “simples”, es decir, tecnológicamente no muy sofisticados, por lo que el consumidor podía determinar sus características -y conocer sus defectos- con relativamente bajos costos, porque no le requería mayores conocimientos técnicos.

También está presente un fenómeno nuevo como la “masividad”. Esta característica a la que hacemos referencia es un derivado de la masificación de la producción y el consumo, que hace que cada vez se produzca más para hacer frente al incremento del consumo de productos, a la vez más complejos y riesgosos. Corresponde que nos detengamos brevemente en esta cuestión.

Supongamos que el producto es el “agente dañador”; como tal puede dar lugar a distintos tipos de afectaciones dañosas. Puede lesionar la integridad psico-física o incluso la vida de una persona; en tal caso, existiría una afectación a un derecho subjetivo individual que habilitaría la vía de un proceso judicial común, bilateral, contencioso, etc.

En el caso de que el producto fuera ambientalmente tóxico, altamente contaminante, no biodegradable, etc., existiría un daño al medio ambiente, a la ecología; es decir, se estaría afectando un bien colectivo (no individual) sobre el cual no hay derechos subjetivos, ya que se trata de un bien indivisible y de uso común. En ese caso se concede a cualquier afec-

tado, a una organización no gubernamental o a un organismo público la legitimación para actuar como sujetos protectores del bien colectivo. Precisamente por ello, de existir una indemnización, ésta no puede ingresar al patrimonio del accionante sino que debe ser aplicada a reparar el daño del objeto en sí o en finalidades vinculadas a ese bien colectivo.

Finalmente, si el producto dañoso afecta la integridad psico-física, la salud o la vida de miles de personas, estaríamos en presencia de la lesión de bienes individuales sobre los cuales recaen derechos subjetivos. Como podemos apreciar, la diferencia entre el primer caso y éste, no es de naturaleza jurídica, ya que sólo presenta una variación cuantitativa, pero plantea un problema muy concreto vinculado con la organización de la justicia que se necesita para hacer frente a miles de reclamos homogéneos. Esta cuestión tiene aristas enlazadas con el acceso a la justicia, los costos de la administración de ésta y los requerimientos de adecuación normativa para acoger estos fenómenos nunca antes vistos.

A manera de recapitulación, en el primer caso se hallan en juego intereses individuales, en el segundo un interés colectivo que trasciende la esfera individual, y en el tercero intereses homogéneos pluri-individuales que pueden ser colectivos, difusos o públicos.

Como explica Lorenzetti: “Los bienes individuales homogéneos permanecen en el campo de los derechos individuales, pero su masividad perturba un modelo pensado para administrar conflictos individuales. Los problemas en este campo son básicamente de administración de justicia y orientados a garantizar el acceso de grandes grupos de dañados a una solución pronta y eficaz”³³.

Pero, en particular, cuando nos ocupamos de productos elaborados podemos apreciar que en la generalidad de los

³³ Ricardo LORENZETTI, “Daños masivos, acciones de clases y pretensiones de operatividad”, J.A. 2000-II-235.

casos se trata de daños colectivamente causados³⁴, lo cual lleva la virtual imposibilidad de determinar quiénes son sus “causantes”, lo que ha dado en llamarse el “anonimato” en la causación.

En este punto corresponde una digresión, atento a que una reputada doctrina nacional diferencia el “Derecho Privado Individual” del “Derecho Privado Colectivo”, encontrándose dentro de esta última categoría los problemas vinculados a bienes colectivos, pluri-individuales, o de grupos³⁵. En ese sentido manifiesta Lorenzetti que “dentro del derecho privado colectivo distinguimos los daños colectivamente causados de los colectivamente sufridos. Dentro de estos últimos existen las categorías de daños a intereses transindividuales (colectivos y difusos) y pluri-individuales (daños masivos). Dentro de los daños masivos o colectivamente sufridos, se separan los “accidentes masivos” y los “daños masivos”. Los accidentes masivos envuelven situaciones en las cuales una cantidad de personas es dañada en un solo evento, como ocurre en un accidente de aviación, o en la explosión de una bomba, incendios en estadios, etc. En los de “daños masivos”, se presentan supuestos en los que no hay un solo evento, sino múltiples actos, problemas de causalidad, de competencia, de oponibilidad de eximentes, arribándose a litigios de gran masividad y alta complejidad de resolución”³⁶.

Retomando la idea de los daños colectivamente causados, podemos apreciar la constitución de grupos de sujetos como agentes activos del daño y consecuentemente sujetos a la obligación legal de responder. En estos casos la pluralidad acti-

³⁴ En realidad “los daños masivos pueden ser causados por uno o más agentes. Pero la noción de daño masivo pone su acento en la víctima...”, en el “daño sufrido por un grupo”. María José AZAR, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, en Ricardo Luis LORENZETTI y Gustavo Juan SCHÖTZ (coordinadores), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pág. 129.

³⁵ Ricardo LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 147-172.

³⁶ Ricardo LORENZETTI, ob. cit., “Daños masivos...”, J.A. 2000-II-235.

va en la causación del daño puede presentarse de diversas formas, Tallone encuentra básicamente cuatro, a saber:

- a) Causalidad común: significa que hay una cooperación en la producción del daño. La causa no reposa en la actividad exclusiva de un sujeto, sino que cada participante opera en relación causal en pro del resultado. Se trata de una responsabilidad individual, en la que cada sujeto responde por el hecho de haber contribuido causalmente al resultado final. Por ejemplo: coautoría en materia de delitos, copartícipes en cuasidelitos, arts. 1081 y 1109 Código Civil.
- b) Causalidad concurrente: aquí el daño tiene su origen en la acción independiente de dos o más personas, de manera tal que aun sin mediar el hecho de la otra el resultado igualmente se habría producido, no resultando posible su determinación.
- c) Causalidad alternativa o disyuntiva: en este caso el perjuicio proviene de la conducta de un sujeto que integra un grupo, pero no resulta posible determinar cuál de sus integrantes fue el autor del daño. Es decir, estamos frente a diversos hechos que si bien poseen individualmente aptitud para provocar el resultado dañoso, éste ha tenido como antecedente a uno de ellos en forma exclusiva. De allí el carácter de alternativo o disyuntivo de la causa. La problemática gira en torno a la dificultad probatoria, que no permite señalar cuál de los integrantes del grupo resulta ser el autor del daño. La autoría se reputa anónima y la imputación deriva en grupal.
- d) Causalidad grupal: el hecho se atribuye al grupo y no resulta posible que el daño lo produzca un individuo en forma aislada. A diferencia de los anteriores, en este supuesto la autoría y la imputación es grupal³⁷.

³⁷ Federico TALLONE, “Responsabilidad civil y accionar dañoso de los grupos”, J.A. 2004-II-1136.

De los cuatros modos de causar daños colectivamente, los dos últimos -causalidad alternativa o disyuntiva, y causalidad grupal- constituyen fenómenos de reciente aparición y con una enorme incidencia en la responsabilidad por productos. Sin dudas el caso paradigmático trata de un daño ocasionado por un agente no identificado o de muy difícil individualización, que pertenece a un grupo circunstancial determinado³⁸.

La visión tradicional en materia de responsabilidad civil, como veremos en el capítulo siguiente, no reparó en el problema de la “masividad”; por el contrario el paradigma consagrado admitía a un dañador y una víctima, en torno a litigios de daños producidos entre individuos concretos. Evidentemente, se preveían casos de solidaridad pero que en nada cambiaban la visión individualista porque jamás se admitía a los sujetos como pertenecientes a grupos determinados, simplemente se los responsabilizaba a cada uno, en conjunto, en mira a otorgar una mejor cobertura a la víctima.

La base económica sobre la cual se edificó esa visión decimonónica, era todavía la de una sociedad simple, de matriz agrícola, porque la revolución industrial recién empezaba a dar sus frutos y no alteraba aún la estructura básica de la sociedad.

Un caso típico de masividad y anonimato fue lo sucedido en EE.UU. en la década del '70 por el uso de la droga conocida como DES (diethylstilbestrol). Se trataba de daños ocasionados por productos farmacéuticos, que se hicieron patentes varios años después de producida su ingesta y cuando, además, no podían ser identificados los autores por haberse desechado los envases respectivos.

La droga DES estaba prescrita como un medicamento idóneo para evitar abortos espontáneos. No obstante, luego se comprobó que producía un efecto colateral no deseado, cáncer en el cuello del útero. En 1971 dejó de fabricarse, pero para 1977 se calculaba que más de tres millones de mujeres

³⁸ José TARABORRELLI, “El accionar dañoso de los grupos”, J.A. 1997-I-772.

padeían el tipo particular de cáncer que producía el DES. Ante la dificultad de determinar con precisión qué laboratorio debía indemnizar a cada quien, y la posibilidad cierta de dejar a las damnificadas sin reparación, la Corte de California elaboró la teoría del *market share* (participación en el mercado), por la cual cada laboratorio que había puesto en el mercado un medicamento que contenía dicha droga debía responder ante las víctimas según la proporción de su participación en el mercado, al momento de haberse ocasionado el daño. La teoría del *market share* se basa en un criterio de causalidad probabilística ante daños masivos.

También en la visión tradicional se consideraba que el daño era básicamente un accidente; ello es un suceso casual, contingente, circunstancial e imprevisto. Por lo que proyectar daños o prever su ocurrencia era una tarea impensable, propia de adivinos y no de juristas. En cambio, muchas veces los daños por productos poseen patrones de ocurrencia que pueden ser pronosticados estadísticamente -de hecho estos datos son tomados por los productores para decidir si resulta menos costoso prevenir los daños o indemnizarlos una vez producidos- y ello debe tener una incidencia decisiva en las reglas de responsabilidad.

El producto elaborado, considerado en sí mismo, suele ser un resultante de la interacción de múltiples agentes. Usualmente en su manufactura participan desde los fabricantes de las materias primas (que muchas veces también son productos elaborados), hasta los diseñadores del producto final y los encargados del ensamblaje de las piezas. Incluso hasta que llega al consumidor recorre varias etapas como ser el empaquetado, transporte, la distribución y la comercialización misma.

Como tuvimos oportunidad de ver, en la elaboración de un producto interviene gran cantidad de sujetos, por ejemplo -sin pretender ser exhaustivo- el productor de las materias primas, los fabricantes de las partes componentes, el ensamblador, el que pone su marca en el producto, el distribuidor, el comerciante. Si el producto falla y daña a alguien, la pregunta central sobre quién es el *causante* es muy difícil de responder; tal vez el productor, por seleccionar malas

materias primas, o el fabricante de los componentes, o el ensamblador, o quizás el distribuidor, por la mala estiba o el comerciante por un mal almacenaje, etc.

Esto importa sostener dos cuestiones de la mayor relevancia. Por un lado, cuanto más eslabones integran la cadena de producción-distribución-comercialización, más alejado se encuentra el consumidor del fabricante. Por otro lado, es doble suponer que ha existido un amplio conjunto de agentes por cuyas *manos* pasó el producto y que pudieron haber introducido un defecto o vicio en éste. Por ejemplo, productos lácteos dañados por haberle sido interrumpida la cadena de frío durante su transporte o en el supermercado mismo donde fue adquirido por el consumidor, de manera que una vez producido el daño caben dudas sobre quién lo *causó*, es decir, si fue el fabricante o alguno de los intermediarios.

Es evidente que resulta sumamente dificultoso para la víctima identificar fácticamente al integrante de la cadena que causó o contribuyó a crear el perjuicio, y ello sin atender aún al vínculo jurídico que lo relacionaría a éste.

Además, muchas veces la causación es compleja y resulta del comportamiento de varios de los integrantes de la cadena ya descrita. Incluso, en caso de poder identificarse claramente el origen del daño la solución puede carecer de utilidad práctica puesto que, quizás, dicho sujeto se encuentra a miles de kilómetros del lugar en que fue puesto en circulación o adquirido el producto. Esto es así, dado que el desarrollo tecnológico; y la globalización han generado una verdadera la distribución social del trabajo a nivel mundial³⁹, favore-

³⁹ Hoy es normal observar que existen países donde se ocupan del diseño de productos, países de fabricantes de ciertos componentes, países ensambladores, otros comercializadores, etc. Por ejemplo, en materia de equipos celulares una reconocida empresa finlandesa es productora de la tecnología y diseñadora de los modelos de equipos celulares, realizándose esas actividades en dicho país, sus componentes son fabricados en diversos países del sudeste asiático, posteriormente ensamblados en México y comercializados en todo el mundo.

ciendo a este *daño anónimo* que, obviamente, no ha sido previsto en las reglas tradicionales de responsabilidad civil.

En la versión más simple y difundida de la concepción tradicional de la responsabilidad civil, podíamos encontrar de un lado *un* autor, y del otro *una* víctima. Este esquema lineal no variaba si se le adicionaban unidades a cada una de estas categorías, y el sistema seguía operando casi imperturbable por más que pudiéramos encontrar varios autores y varias víctimas porque, como explica Zavala de González, “el elemento colectivo del derecho de daños no es una realidad cuantitativa sino cualitativa”⁴⁰.

En este sentido “interesa discriminar el *daño causado colectivamente*, del que ocasiona *el miembro no identificado de un grupo determinado*”⁴¹. En este caso sólo existe una responsabilidad subsidiaria, pero no deja de ser una responsabilidad individual, en el primer caso la causa misma es de naturaleza grupal, no es un supuesto de responsabilidad anónima (de procedencia individual no dilucidable) sino de origen conocido: el grupo. En esta misma orientación el daño colectivamente sufrido es aquel que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente, pero contiene un factor aglutinante que permite identificar una unidad intrínseca en el daño mismo y que llega a sujetos individuales indivisiblemente, de *rebote* por su inserción en el conjunto⁴².

Probar la culpa en situaciones de daños donde se encuentran involucradas personas o cosas que por sus características requieran vastos conocimientos técnicos por el uso de tecnología de avanzada o costosos procedimientos de averiguación por las complejas e interdependientes relaciones de la

⁴⁰ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El daño colectivo”, en Félix TRIGO REPRESAS y Rubén STIGLITZ (directores), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 437.

⁴¹ *Idem*, pág. 440. Las cursivas son del original.

⁴² *Ibidem*, págs. 447-8.

economía moderna⁴³, pusieron en crisis a la relación culpa-daño-reparación. En este contexto las dificultades de probanza fundada en las múltiples fuentes causales del daño, vale decir la existencia de un factor causal remoto, difuso y múltiple operaba en la práctica como una verdadera regla de *no-responsabilidad*.

Por tal razón se fueron creando diferentes sistemas de responsabilidad para hacer frente a esta situación, principalmente evitando provocar el abandono de la víctima a su suerte cuando no era posible identificar al causante del daño. Porque resulta claro que, una vez producido el daño, la regla de responsabilidad que escojamos no lo elimina para la sociedad y sólo se limita a fijar o trasladar su incidencia.

Esa cuestión del traslado de la incidencia del daño, pasó a señalar otra cuestión que usualmente no era tenida en cuenta, nos referimos al carácter social del daño.

Tradicionalmente se ha percibido a la responsabilidad civil como una cuestión bipolar, por un lado dañador(es) y por el otro víctima(s). Vimos que la teoría clásica es muy estricta en esa visión, y que era posible incorporar “unidades adicionales” en cada polo (solidaridad activa o pasiva) sin que la ecuación sufra alguna variación significativa. De hecho podía existir una alteración cuantitativa pero nunca cualitativa, dado que las propiedades caracterizantes de la responsabilidad permanecían invariables.

Vimos que la “masividad” produjo perturbaciones a esa lógica, obligando a brindar soluciones innovadoras para aten-

⁴³ Como señalamos en una nota *ut supra*, hacemos referencia que en la actualidad es muy común que un producto contenga componentes fabricados en diferentes partes del mundo, por diferentes sujetos y que luego es ensamblando en un tercer país. Esto es una consecuencia de una verdadera “división social” del trabajo, entendida ésta en el sentido que Durkheim daba al término. En este contexto de interrelación, probar que el defecto de un producto vino dado por el defecto de una de sus partes componentes, podría llevar a una extensa investigación, tan engorrosa como inconducente a los efectos de la reparación del daño.

der nuevas situaciones. No obstante, el planteo de fondo seguía siendo de corte individualista, porque el universo de la responsabilidad se reducía a dañadores y dañados. También ese *status quo* vino a ser desafiado por la responsabilidad por daños al consumidor.

Es imposible referirse a este ámbito de la responsabilidad concentrándose solamente en agentes causales del daño (productores) y víctimas (consumidores). En virtud de su incidencia sobre el sistema económico, es dable analizar las soluciones propuestas en consideración a todo el universo de productores y consumidores, evaluando los incentivos y desincentivos que se crean sobre actividades económicas concretas y en definitiva analizar el régimen de responsabilidad en función de su capacidad de alterar la estructura económica de una sociedad y los modos de circulación de la riqueza.

En pocas palabras, esta responsabilidad deja de ser territorio exclusivo de dañador y víctima, para ser un espacio de interacción social con derivaciones muy extendidas, que deben ser incluidas en los análisis de la materia. También en esto la responsabilidad por daños al consumidor difiere de las teorías tradicionales que usualmente se desentienden de los análisis consecuencialistas. En este sentido debemos reconocer que el AED encontró un “nicho ecológico” donde desarrollarse, básicamente porque cuenta con estructuras conceptuales aptas para este tipo de análisis, a diferencia de las teorías jurídicas que son más adecuadas para razonamientos lógico-formales.

Una vez caracterizadas, a nivel general, las complejidades que presentan los daños en la relación de consumo, corresponde ocuparse de los presupuestos de esa responsabilidad.

Los presupuestos de la responsabilidad por daños al consumidor

A los efectos de contextualizar este análisis recordemos lo referido a los presupuestos del deber de reparar en general.

Según el esquema tradicional receptado por el Código de Vélez, los presupuestos de la responsabilidad se articulaban a través de la suma de los siguientes elementos: a) acción o hecho humano, b) antijuridicidad, c) imputabilidad, d) daño y e) relación de causalidad, pero aquel diseño empezó a ser modificado con la ley 17.711, por ello se unificó el criterio, reconociéndose como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuridicidad, II. Daño, III. Causalidad y IV. Factores de atribución⁴⁴.

No obstante compartir este criterio, consideramos pertinente incluir una referencia al hecho humano, a manera ilustrativa, por sus implicancias y proyecciones en el campo de los daños al consumidor.

Con relación al hecho humano podemos decir que “[e]l primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendran la obligación de reparar”⁴⁵. Esto es así por cuanto los hechos de la naturaleza, de las cosas o de los animales que se produzcan al margen del obrar humano no generan responsabilidad *per se*, como tampoco aquella voluntad dañosa que no logra manifestarse.

La acción dañosa puede ser positiva o negativa, vale decir, consistir en un hacer o no hacer por parte del agente. Por regla general se responde por todos los hechos propios realizados voluntariamente y, en casos de excepción, por el hecho ajeno.

⁴⁴ Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual”, en Bueres, Alberto (director), *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, págs. 51-52.

También Trigo Represas y López Mesa, luego de un extenso panorama sobre los presupuestos, reconocen que son esos cuatro los elementos constitutivos de la responsabilidad civil actual. Conf. Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. 1, págs. 387-393.

⁴⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. I, pág. 43.

A primera vista podría parecer que en los casos de los productos elaborados no existe relación vinculante entre el hecho de un hombre y el daño, por el contrario pareciera que el daño es una consecuencia de un vicio o riesgo del producto. Esto merece una aclaración, si bien al momento de reseñar la relación de causalidad nos centraremos en el producto y el daño, no obstante ello no debemos pasar por alto que el vicio, riesgo o defecto del producto dañoso está allí por un hecho u omisión del productor o algún sujeto de la cadena de distribución-comercialización, al punto que si fuera por una causa ajena no debería responder.

Surge con claridad que para el tratamiento de los productos elaborados, resultan de capital importancia dos cuestiones vinculadas con la autoría del daño, la involuntaria -realizada con una cosa riesgosa o viciosa- y, la autoría colectiva y anónima -es decir, cuando no sea posible individualizar al autor del daño-.

Evidentemente, en este trabajo encontraremos el capítulo referente a los sujetos responsables de los daños ocasionados por los productos elaborados, en que será tratado el tema más detalladamente.

Con referencia al primer presupuesto, como afirma Bueres, “en lo que hace específicamente a la antijuridicidad, ha sido definida prácticamente por los autores y en esto hay coincidencia, señalando que es la contradicción externa entre la conducta y el ordenamiento jurídico, aprehendiendo éste en su totalidad, en su conjunto”⁴⁶, y puntualmente “... en tema de responsabilidad civil, la antijuridicidad importa un obrar violatorio del *alterum non laedere*”⁴⁷. Por ello, ha sido

⁴⁶ Alberto BUERES, “La antijuridicidad”, en Carlos Gustavo VALLESPINOS (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 41.

⁴⁷ Alberto BUERES, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en Félix TRIGO REPRESAS y Rubén STIGLITZ (directores), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 149.

señalada como una ilicitud objetiva y asociada a la acción ilícita, prohibida, abusiva, etc., pero sobre todo injusta.

Lo injusto de la acción surge de contrapesar el acto en cuestión con lo dispuesto por el Derecho, en un plano eminentemente objetivo, libre de cualquier consideración referente al dolo o culpa (imputabilidad) del agente. Se trata de un examen primario y externo de la conducta, que corresponde precisar en sus contornos y límites dado que durante mucho tiempo fue impregnado por la culpabilidad, al punto que se discutía su autonomía. Explica Bueres que, aún hoy, en Francia no se le reconoce como un presupuesto autónomo⁴⁸.

Determinar cuándo la acción es antijurídica y en consecuencia cuándo un daño es injusto ha generado una serie de planteos, a saber⁴⁹:

- *Antijuridicidad formal*: producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva (por ejemplo el artículo 1066 Código Civil argentino). Exige tipicidad de la conducta. En este caso se asocia antijuridicidad con ilegalidad.
- *Antijuridicidad material*: no confunde lo ilícito con lo ilegal, no agota el campo de lo jurídico en la ley. También abarca los aspectos morales, las buenas costumbres, principios generales del derecho, etc. Antijurídico es todo aquello que lesiona derechos subjetivos de terceros, lo cual algunos autores amplían también a los intereses legítimos, es decir, aquellos que se hallan también jurídicamente protegidos.
- *Antijuridicidad subjetiva*: no se preocupa en la desaprobación del acto dañoso sino de la conducta del autor; en esta concepción lo antijurídico es la culpa, el obrar equivocado.

⁴⁸ Alberto BUERES, ob. cit., “La antijuridicidad...”, pág. 41.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La antijuridicidad”, en Jorge MOSSET ITURRASPE (director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, págs. 59-62.

- *Antijuridicidad objetiva*: no mira al acto en cuanto culpable sino dañoso; así, todo acto es antijurídico en la medida que lesiona un interés merecedor de tutela. El análisis se centra en la contradicción entre el hecho y la norma. Ello es así aun cuando existan actos dañosos justificados por el Derecho. Este criterio de antijuridicidad permite extenderse incluso a los actos involuntarios.

Como señala Kelly⁵⁰, en nuestro campo de estudio la antijuridicidad viene dada por la existencia de vicios en los productos.

La presencia de vicios, que vuelven dañoso a un producto, supone la existencia de incumplimientos -de deberes u obligaciones- que tornan ilícitas las conductas de los responsables.

Según Tallone, el vicio genera antijuridicidad a la luz de distintas normas. Si consideramos que existe un vínculo contractual entre damnificado y responsable, la antijuridicidad surge del incumplimiento del deber de seguridad⁵¹ que es un

⁵⁰ Julio Alberto KELLY, ob. cit., págs. 80-129. Aunque reconoce que en este tema resulta difícil trazar una distinción clara entre antijuridicidad y factor de atribución, por lo que los trata de manera conjunta. Por nuestra parte consideramos que la antijuridicidad en la acción del fabricante está dada básicamente por la producción e introducción en el mercado de un producto riesgoso o vicioso a pesar de tales características.

⁵¹ Vale precisar que en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 2005, se concluyó que la seguridad encuentra su fundamento en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43, art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), así como en la solidaridad social y en el principio de buena fe (mayoría). Aunque en lo que respecta a su campo de aplicación hubo diversas opiniones; para la mayoría, la obligación de seguridad sólo se aplica en el ámbito contractual, y para la minoría esta obligación se extiende igualmente al ámbito extracontractual, con fundamento en el deber general de *no dañar a otro*.

En esas mismas Jornadas y puntualmente referida a la seguridad en el consumo, se concluyó por unanimidad que “la obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo, se inscribe dentro del régimen resarcitorio especial emergente del estatuto de defensa del consumidor”.

derivado del Principio de Buena Fe. En cambio si consideramos que nos encontramos en el campo de la responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad proviene de la violación a un principio general del derecho, el deber de *no dañar a otros*⁵².

Los vicios pueden ser de fabricación, de construcción, diseño o de información, a los que puede agregarse los de conservación⁵³.

De todos los vicios, el de fabricación es el más sencillo de explicar, “puede sostenerse que habrá tal vicio cuando el producto no cumple en cualquier forma -sea por estar en desacuerdo la manera en que ha sido armado, su resistencia, rendimiento, operación, seguridad, etc.- con lo que el fabricante pretendía que se elaborase”⁵⁴. Aquí existe una diferencia objetiva entre el producto deseado y el producto fabricado. Por sus características se trata de productos aislados de una serie de fabricación que arrastran fallos de maquinarias u operadores, y han llegado al mercado merced a un deficiente control de calidad.

Este vicio no toma en consideración las expectativas del consumidor. Si bien existe una clara afectación de lo esperado por el consumidor con relación al bien, se toma como eje el producto promedio fabricado por la empresa y se coteja con el producto dañoso a los efectos de determinar la existencia de un defecto.

El vicio en la construcción es un defecto que afecta a toda una línea de producción, puede deberse a un mal diseño -ver vicio de diseño- o bien a la utilización de materias primas de calidad no adecuada.

Por su parte, el vicio de diseño supone que existe identidad entre lo querido por el productor y lo fabricado, pero su *potencialidad dañosa* atenta contra los estándares mínimos

⁵² Federico TALLONE, ob. cit., *Daños...*, págs. 61-62.

⁵³ Roberto VÁZQUEZ FERREYRA y Oscar ROMERA, *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 177.

⁵⁴ Julio Alberto KELLY, ob. cit., pág. 83.

de seguridad exigibles, como consecuencia de un error en el momento de proyectar el productor o de su realización, o la lisa y llana determinación de hacerlo igual a sabiendas de su dañosidad. Vale decir, el fabricante tiene el derecho de proyectar bienes de mayor o menor calidad y buscar de ese modo *nichos* de mercado. Pero en este caso el productor pudo haber diseñado un producto más seguro, no obstante hizo opción por un objeto de menor calidad por debajo de los mínimos de seguridad esperables.

En los casos de vicio de diseño, el defecto se halla en el proyecto mismo de los productos y en consecuencia abarca la totalidad de éstos. Este defecto no debe confundirse con los denominados riesgos del desarrollo, entendidos como los defectos de un producto que no eran reconocibles como tales, a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización, pero que con el devenir del tiempo y los avances del conocimiento demuestran su potencial daño.

El vicio de información surge de brindar insuficientes advertencias al consumidor sobre el uso adecuado del producto o sobre su peligrosidad. Se supone que el fabricante, al ser un experto, posee un cúmulo de conocimientos suficientes en torno al bien, como para brindar este tipo de datos de manera correcta, clara y veraz, y en consecuencia es su obligación legal hacerlo. Este es un vicio externo o formal porque tiene que ver con la forma de su presentación al consumidor.

Finalmente, en el vicio de conservación el defecto es sobreviniente a la puesta del producto en el mercado. El bien es “lanzado al consumo en buen estado, pero empaquetado o envasado en forma deficiente, o bien no se guarda en las condiciones en que debería hacerse, lo cual lo torna peligroso para su uso o consumo. El caso típico es el de las comidas o productos alimenticios en mal estado”⁵⁵. En muchos supuestos este vicio es introducido en el proceso de distribución-

⁵⁵ Roberto VÁZQUEZ FERREYRA y Oscar ROMERA, ob. cit., págs. 177-178.

comercialización, por fallos en el transporte o en el almacenado de los productos.

Una vez tomada una visión panorámica de los vicios que hacen a la antijuridicidad, corresponde ocuparnos de la imputabilidad, o más correctamente al factor de atribución de responsabilidad, es decir, la “razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro”⁵⁶.

La imputabilidad puede ser “moral o subjetiva, cuyo factor es la culpabilidad (comprensiva de la culpa y el dolo) y de la imputabilidad física u objetiva, cuyo factor es el riesgo creado. Sin perjuicio de los factores objetivos que la doctrina más reciente expone: seguridad, garantía, equidad, igualdad en la distribución de los cargos públicos, etcétera”⁵⁷.

Como lo denota el título de esta investigación, los factores de atribución de responsabilidad por los daños ocasionados al consumidor constituyen el objeto de este trabajo y es el tema sobre lo cual habremos de explayarnos en los siguientes capítulos.

El daño constituye el presupuesto principal de la responsabilidad civil; de allí incluso la denominación *Derecho de Daños o Responsabilidad por Daños*.

Desde un punto de vista temporal, el daño sería el último elemento en aparecer en escena, pero desde el punto de vista metodológico es el primer elemento a tener en cuenta, dado que si no existe daño no se pondría en marcha el sistema de la responsabilidad civil. La intención dañosa, es decir, el solo designio no materializado de causar daño, incluso la tentativa, y la peligrosidad o riesgo, no generan responsabilidad *per se*. Así como el interés es la medida de la acción, el daño es la medida de la responsabilidad.

⁵⁶ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Carlos PARELLADA, “Los factores subjetivos de atribución”, en Jorge MOSSET ITURRASPE (director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pág. 141.

⁵⁷ Jorge MOSSET ITURRASPE, ob. cit., *Responsabilidad...* t. I, págs. 113-114.

El daño es un *antibien* (en términos económicos), lo opuesto a un bien, un mal, una desgracia patrimonial o personal para la víctima⁵⁸, y los seres humanos somos refractarios a los sufrimientos. Ante la ausencia de daños es innecesario preguntarse por la existencia de los otros presupuestos. El daño pone en funcionamiento el sistema resarcitorio, pudiendo hacer surgir -si se verifica la concurrencia de los otros presupuestos- la obligación de reparar a la víctima.

Como señalaba López Olaciregui “[e]l daño civil, en cuanto resultado, es consecuencia de un acto dañoso que ha tenido dos protagonistas: quien aportó una fuerza que resultó dañadora, y quien aportó un bien que resultó dañado. La carga económica del daño debe adjudicarse a uno o a otro de esos sujetos según reglas de justicia y equidad, y ésta es la verdadera función de los sistemas de responder”⁵⁹.

Todo daño genera un desequilibrio (en el orden social, en cuestiones patrimoniales, en la vida de relación de los involucrados, etc.) que debe ser corregido, pero sólo en la medida que la sociedad entienda que dicho daño fue injusto, es decir, injustamente causado o injustamente padecido⁶⁰.

⁵⁸ López Olaciregui explica que el Derecho se ocupa del daño desde un punto de vista individual, no social, en ese sentido expresa que “con la noción de daño advertimos en ella una connotación personal: un daño sólo es tal para quien lo sufre”. También expresa que el *quid* de la reparación del daño se encuentra en la reparación de la persona de la víctima, al punto que se indemnizan los daños a los bienes porque el patrimonio es un atributo integrativo de la personalidad, y en consecuencia las cosas del sujeto son sus prolongaciones. Conf. LÓPEZ OLACIREGUI, José María, ob. cit., “El sistema...”, pág. 112.

⁵⁹ José María LÓPEZ OLACIREGUI, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 2, Buenos Aires, 1978, reimpresión en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros N° 1; L.L., enero-febrero 1999, pág. 165.

⁶⁰ Vale precisar que también es una cuestión en debate si el daño injustamente sufrido cabe en el campo de la responsabilidad civil o encuadra mejor en otros ámbitos, como ser la asistencia social, que marcada por la idea de la solidaridad, en realidad ni siquiera pretende reparar el daño de

Quizás unas de las transformaciones más relevantes llevada a cabo en el ámbito del Derecho de Daños en las últimas décadas, es aquella que cambia el *centro de gravedad* del sistema de responsabilidad, pasando del “principio del acto ilícito al del hecho dañoso”⁶¹; es decir, un análisis del daño pero desprovisto de consideraciones referidas a la ilicitud de la acción dañosa.

Con relación al daño resarcible no han existido mayores objeciones al reconocimiento del derecho del consumidor a reclamar reparación integral de los daños sufridos, tanto patrimoniales como personales, materiales y morales. En este punto no se verifican particularidades que distancien la responsabilidad por daños al consumidor del régimen general.

Ya por fuera del ámbito de la responsabilidad civil, sólo cabe mencionar la relevancia que han tomado en el *common law* los denominados daños punitivos. Esos daños, en rigor de verdad, no tienen por objetivo reparar sino castigar y en una estrategia en dos tiempos, también prevenir brindando incentivos para la introducción en el mercado de productos y servicios más seguros.

Finalmente encontramos la causalidad, entendida como la vinculación entre el hecho (*causa-fuente*) y el daño, para que el autor deba indemnizar el perjuicio ocasionado.

El nexo causal abre interesantes debates -que exceden las pretensiones de esta obra- referidos a si la causalidad es

manera integral sino que busca paliar situaciones de abandono que, de otro modo, quedarían sin la más mínima cobertura. Conf. Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, págs. 62-63. Allí, el autor toma como referencia a las víctimas de terrorismo, que por ley son resarcidas por el Estado, atento al “anonimato” de la autoría y en todo caso la dificultad de obtener reparación por las vías tradicionales de la responsabilidad civil, ante ello se “socializan” los riesgos y se “distribuyen” los costos de la indemnización entre todos los contribuyentes.

⁶¹ Miguel Federico DE LORENZO, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 12.

un concepto de hecho o normativo y, en su caso, hasta dónde es razonable que un agente responda por las consecuencias de su obrar.

Para Alterini y López Cabana la causalidad cumple dos funciones centrales en el ámbito de la responsabilidad; por un lado relaciona el daño con una acción humana y así permite asignar la autoría, y por otro lado determina las consecuencias del daño; en otras palabras, en qué medida debe resarcir el autor del daño⁶².

En el caso que nos ocupa, el nexo de causalidad debe estar establecido entre el daño y el producto elaborado, o con más precisión, en su vicio, defecto o riesgo. Este elemento no puede faltar nunca, una persona no debe responder por casos fortuitos, hechos de la naturaleza, de un tercero extraño o de la propia víctima. Se trata de establecer una correspondencia puramente objetiva, si un acontecimiento cualquiera ha causado un efecto determinado o no lo ha hecho; va de suyo que no cabe la emisión de ningún juicio de valor al respecto. La imputabilidad o reprochabilidad de ese acontecimiento dañoso queda fuera de este análisis.

Lo expuesto es bastante pacífico, de hecho no hay demasiadas disputas jurídicas al respecto, lo que no está del todo clarificado es hasta dónde nos debe llevar a responder la relación de causalidad, porque una acción antijurídica e imputable de una persona puede causar una serie muy extensa de daños, algunos próximos a su obrar, otros más alejados y finalmente otros remotos o muy distantes⁶³.

También la causalidad constituye un capítulo interesante de la responsabilidad por productos, en la cual se

⁶² Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, "Presunciones de causalidad y responsabilidad", en *Cuestiones modernas de responsabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 1988, pág. 36. También en L.L. 1986-E-981.

⁶³ En contra, Julio Alberto KELLY, ob. cit., pág. 131, allí expresa que las consecuencias imputables de un acto, que están tratadas en los arts. 903 y 904 Código Civil, no son más que tecnicismos jurídicos para establecer la extensión de los daños resarcibles.

controvierte sobre la relación de causalidad entre el vicio del producto (cualquiera sea éste) y el daño causado, y la posibilidad de probar este extremo.

Los núcleos problemáticos de la responsabilidad por daños al consumidor

En función de lo que hemos visto hasta aquí, queda claro que existen diversos núcleos problemáticos a tener en cuenta, si bien éstos se desenvuelven en diferentes dimensiones de estudio, analíticamente los problemas que presentan estos daños son los siguientes:

1. *Ámbito de la responsabilidad*: si ésta ¿debe encuadrar dentro de un vínculo contractual o nos encontramos en el espacio de la responsabilidad extracontractual? Vale precisar que el contrato de consumo relaciona al vendedor (fabricante o no) con el consumidor-contratante; en cambio, la relación de consumo vincula a la cadena de fabricación-distribución-comercialización con el consumidor final. La relación de consumo es básicamente extracontractual aunque en su interior puedan existir contratos de diversos tipos que vinculen a los actores en cuestión.
2. *Objeto del daño*: ¿se debe responder por las cosas (dañosas en general, o las viciosas-riesgosas en particular), o sólo por productos elaborados o defectuosos como categoría especial, o también por actividades o servicios dañosos?
3. *Extensión de la reparación*: ¿se debe responder sólo por los daños intrínsecos (el valor de la cosa) o también los extrínsecos (por ejemplo, los daños personales, los daños a otros bienes materiales, etc.)?
4. *Legitimación activa*: ¿puede reclamar la reparación sólo el consumidor-adquirente, o cualquier otro sujeto, destinatario final?

5. *Legitimación pasiva*: ¿debe responder el fabricante y/o el vendedor y/o también los intermediarios? Aquí también cabe la cuestión de la solidaridad.
6. *Factor de atribución*: una vez establecida la relación de causalidad entre el daño y una persona o cosa a la cual atribuir su causación, queda por determinar el factor de imputación.

La cuestión central radica en establecer si debemos atribuir responsabilidad a título subjetivo o de manera objetiva. En este aspecto se evidencia con toda su fuerza la crisis de la teoría tradicional de la culpa, no obstante ello, dicha situación de cuestionamiento no necesariamente significa abandono, puede importar reconfiguración, una suerte de adaptación a los nuevos daños. Pero si se postula su liso y llano abandono, es sustancial determinar si es justo y conveniente renunciar al criterio subjetivo y, a su vez, establecer las razones que nos llevarían a optar por algún factor de atribución objetivo.

7. *Eximentes*: Estrechamente vinculado al factor de atribución está la cuestión de las eximentes, que operan siempre en consonancia con éstos.

Reiterando alguna consideración ya expuesta, es preciso establecer que en el presente trabajo nos ocuparemos centralmente del análisis de los factores de atribución de responsabilidad, tocando tangencialmente alguna de las otras cuestiones sólo en la medida que nos permita una mejor exposición de nuestro tema.

CAPÍTULO 2

LOS ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR EN RELACIÓN AL FACTOR DE ATRIBUCIÓN. DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En el presente capítulo vamos a esbozar una evolución histórica, a efectos de explicitar el camino recorrido hasta el momento actual por la ciencia jurídica, en atención a los factores de atribución de responsabilidad por daños al consumidor.

Con el objeto de remarcar la importancia que tiene mirar la evolución jurídica desde el punto de vista de los factores de atribución, vale señalar que como expresa Reglero Campos la “responsabilidad es imputación”⁶⁴. Porque desde la óptica jurídica no existe la responsabilidad en abstracto, *per se*, sino una responsabilidad situada, contextualizada. Nadie es responsable por sí mismo (simplemente por ser) y ante sí mismo, sino frente a otros y por alguna acción u omisión o, eventualmente, también por detentar alguna posición en la sociedad.

Como explica Michel Villey, el término responsabilidad, que pareciera tener profundas raíces históricas, en realidad era desconocido por los romanos, recién aparece en el len-

⁶⁴ Fernando REGLERO CAMPOS, *Tratado de la responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, pág. 48.

guaje europeo en el siglo XVIII y empieza a tener desarrollo teórico en el siglo XIX⁶⁵.

La primera aparición documentada del uso de la palabra “responsable” aparece en el *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* de Joaquín Coromidas, en 1737, de allí pasa a la lengua inglesa y posteriormente francesa⁶⁶.

La responsabilidad desde sus orígenes ha estado vinculada con la obligación. Responsabilidad viene del latín “respondere” que significa prometer o merecer. El responsable es el obligado a responder por algo o por alguien. El término “respondere” también está enraizado con “spondere” o “spondeo”, que constituye la expresión solemne de la *stipulatio*, es decir, una forma de obligación.

Nicolau reconoce tres grandes unidades temporales en la evolución de la teoría de la responsabilidad civil en la familia jurídica occidental, un período primitivo que va desde las incipientes manifestaciones jurídicas hasta el Derecho Romano clásico, un período intermedio desde el Derecho Romano clásico hasta el siglo XX y, finalmente, un período contemporáneo que abarca todo el siglo pasado hasta los tiempos presentes⁶⁷.

En el Derecho arcaico no existía una clara distinción entre responsabilidad civil y penal, a la vez que la imputación básica era a título objetivo; es decir, que una vez aparecido un daño se imponía la aplicación de una pena sin reparar muchas veces en los factores de atribución⁶⁸.

En estas épocas primitivas la respuesta ante el daño era la venganza, irracional y desproporcionada. No era un dato

⁶⁵ Citado en Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., t. 1, pág. 1.

⁶⁶ Citado en Idem, t. 1, pág. 2.

⁶⁷ Noemí NICOLAU, “Panorama de la responsabilidad civil en el Derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, en *La responsabilidad, Homenaje al Profesor Isidoro Goldemberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 45.

⁶⁸ Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, *Responsabilidad civil*, Medellín (Colombia), Dike, 1995, pág. 155.

significativo la calidad o cuantía del daño, ni la voluntariedad (culpa) del ofensor. Esto era entendible en el contexto cultural de la época, donde muchas veces ni siquiera era significativo el hecho que el daño proviniese de la naturaleza y no del hombre. Ante el daño, el hombre reaccionaba irracionalmente sin distinguir su fuente; ante el dolor y la cólera causados por el daño, éste debía ser expiado de cualquier forma para morigerar sus consecuencias.

Como sintetiza Casiello, “en el Antiguo Derecho quien causaba un daño a otro no contraía por ese simple hecho *ningún deber jurídico* respecto al damnificado sino que, en el concepto de aquella mentalidad bárbara y primitiva, quedaba expuesto a *la venganza* del ofendido o de su clan, cuya venganza se reconocía como lícita y sin limitación alguna”⁶⁹.

Pero la venganza era simplemente una forma de purgar el daño causado generando más daño en respuesta, no se trata de una forma de reparación, por ello “[n]o se investiga el nexo causal entre el daño y la conducta y tampoco se trata de sancionar una conducta ilegítima”⁷⁰.

En una ulterior evolución se morigeró la venganza total sometiéndola a alguna forma de limitación; en este sentido, la fórmula de la Ley del Talión “ojo por ojo y diente por diente” representó un avance significativo. Alterini señala que en la Ley de las XII Tablas si una edificación se derrumbaba y allí moría el hijo del dueño, éste estaba habilitado a matar al hijo del arquitecto. Incluso esto también significó un progreso, ya no se permitía matar al arquitecto y a toda su familia ante un caso como el señalado, sólo se lo habilitaba a matar a uno de sus hijos.

Posteriormente, se advirtió que la venganza sólo generaba una satisfacción moral, emotiva o anímica, pero el daño

⁶⁹ Juan José CASIELLO, “¿Qué queda de la atribución subjetiva a culpa o dolo?”, *Revista de Derecho de Daños* 2007-1 (Creación de riesgo - II), Rubinzal-Culzoni, págs. 7-8. Las cursivas son del original.

⁷⁰ Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 46.

estaba hecho y quedaba allí, incluso una vez operada la represalia, por ello se optó por otorgar un derecho a “renunciar” al desquite a cambio de la entrega de bienes (dinero, muchas veces). Entonces, el mecanismo vindicativo empezó a ser reemplazado por la composición -voluntaria o legal-, a partir de la cual la víctima se “cobra” sobre el patrimonio del ofensor y no sobre su persona, resultándole esto más conveniente económicamente⁷¹.

En esta línea evolutiva vemos dos movimientos, por un lado la limitación de la pena, de la venganza irracional y desproporcionada hacia la “tasación” de la represalia permitida, y por otro su despersonalización o *descorporalización* para pasar hacia la *patrimonialización* de la sanción.

La imputación era puramente material u objetiva, aun los animales y las cosas inanimadas debían responder del daño que habían causado. Se trataba de un sistema que se desentendía de la víctima y del autor del daño.

En el período intermedio se avanza en la comprensión del daño, se empieza -por ejemplo- a distinguir las fuentes de éstos (los provenientes de hechos del hombre y de la naturaleza); se empieza a observar el nexo causal y la idea de reparación empieza a cooptar la noción de venganza, pero la imputación del daño continuaba siendo básicamente objetiva. En este sentido, los romanos entendían que “su estructura jurídica descansaba sobre la idea de que en el origen de la sociedad existió una repartición equilibrada de los patrimonios, cuyo equilibrio importaba mantener a fin de preservar el orden y la paz social. De tal modo, cualquier daño sufrido por un patrimonio debía ser reparado por el patrimonio que la hubiera causado”⁷².

⁷¹ María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER, “El ‘riesgo creado’ como factor de atribución de responsabilidad civil. Una mención especial al sistema del ‘common law’”, en Revista de Derecho de Daños 2007-1 (Creación de Riesgo II), Rubinzal-Culzoni, pág. 243.

⁷² Noemí NICOLAU, ob. cit., pág. 48.

La afirmación precedente se condice con una aguda observación de Lorenzetti, en el sentido de que “la responsabilidad civil se concentró en la reparación del daño causado. Pero en rigor de verdad, no todos los daños, porque es una realidad incuestionable que el sistema de responsabilidad está construido para reparar patrimonios antes que para reparar a personas”⁷³.

En los estadios más avanzados del Derecho Romano Clásico, pero principalmente por influjo del Derecho Canónico, se inició el desarrollo de la teoría de la culpa como fundamento principal de la responsabilidad civil.

El cristianismo fue fundamental para desvincular la responsabilidad civil de la causalidad material. Porque, por un lado consagraba la culpa como fundamento de la imputación, basado en el libre albedrío y la asignación a una persona de las consecuencias de su obrar, y por otro lado poseía un *corpus* dogmático que enseñaba que debía aceptarse con resignación la existencia de daños no indemnizables, por no ser imputables a ningún sujeto, podríamos llamarlos los “daños de Dios”, como los provenientes de calamidades, catástrofes naturales, epidemias, etc.

Durante siglos, y en particular a partir de las construcciones jurídicas decimonónicas, el ámbito de la responsabilidad civil fue campo de un solo señor: la *imputabilidad subjetiva*. Pero para ser exactos desde un punto de vista histórico, la idea de la culpa como la concebimos hoy en día, asociada a la moral y como un reproche de conciencia, fue una construcción teórica de la escuela clásica del Derecho Natural que se inicia en el siglo XVII con Grocio.

Era una forma de unificar la reprochabilidad moral de la conducta con el deber de reparar, por lo que a esta concepción se le reconocía un notable valor ético intrínseco. Observemos que “la imputación moral en razón de la culpabilidad exige una penetración anímica del sujeto, y conduce al exa-

⁷³ Ricardo LORENZETTI, ob. cit., “Fundamentos...”.

men de lo interno del obrar”⁷⁴, así se condenaba sólo a quien dañaba a través de su obrar doloso o negligente.

“Esta concepción de la responsabilidad civil fundada exclusivamente en la culpa, que fue la receptada por los códigos clásicos, estaba destinada a moralizar conductas individuales más que a asegurar la reparación del daño”⁷⁵.

Esta fórmula contaba además con un adicional que lo tornó atractivo a los ojos de los juristas liberales del siglo XIX, su marcado individualismo, por lo que fue consagrado como dogma en todos los códigos de su tiempo a través del Principio de la Autonomía de la Voluntad. A esto debiéramos sumarle que también fue un instrumento de fomento para la incipiente industria, desde el momento que suponía una reducción de costos al eximir al empresario del daño producido sin mediar culpa de su parte.

Este sistema, que en la teoría implicaba unificar las reprochabilidades jurídica y moral en un mismo sujeto a partir de la exigencia de la culpabilidad, resultó ser demasiado estrecho y aun injusto en determinados casos. Como señala Farina, transformar el principio “ninguna responsabilidad sin culpa” en un axioma del sistema de responsabilidad civil, como sucedió en el siglo XIX y parte del XX, implicaba exonerar a las empresas por los daños y efectos nocivos que producían sus actividades riesgosas⁷⁶. De esa forma, lo que en un principio fue concebido como una especie de fomento, a la larga se transformaba en un subsidio encubierto a actividades inseguras⁷⁷.

⁷⁴ Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, ob. cit., *Responsabilidad...*, pág. 157.

⁷⁵ Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., t. 1, pág. 24.

⁷⁶ Juan FARINA, ob. cit., pág. 215.

⁷⁷ “Responder sólo por la propia culpa significa también un subsidio, sobre todo en actividades industriales. Las externalidades negativas propias del desarrollo no son imputadas al causante sino a toda la sociedad como un costo necesario para el mismo. Así sucede con los daños causados

En ese contexto, la responsabilidad civil impedía que las empresas internalizaran los daños ocasionados a sus propios trabajadores, consumidores y al medio ambiente. En esto radicaba el incentivo -no arancelario- que se instituyó en esa época al incipiente desarrollo industrial.

Como expresa Ghersi, al referirse al caso argentino, “[s]abemos hoy que el sistema de responsabilidad civil del Código de Vélez Sársfield, implementado en base a la responsabilidad subjetiva, era precisamente delineado para sancionar conductas y en cierta medida para obstaculizar el acceso a la reparación”⁷⁸.

La lógica de Vélez Sársfield, historiográficamente, era extraída del pensamiento europeo, especialmente del Código Civil francés, que se inspira en los principios de la Revolución Francesa, del cual precisamente Napoleón fue su culminación.

La idea central era tratar la responsabilidad como castigo. Como principio dogmático se presentaba formalmente a todos los hombres en la sociedad como libres e iguales, viviendo fraternalmente. Entonces, el daño aparecía como una conducta desviada que debía ser *reencausada* por medio de la sanción al agente dañador y muy especialmente haciendo hincapié en el aspecto patrimonialista de la problemática⁷⁹.

En este contexto, acertadamente concluye Ghersi que “[e]n esta línea de pensamiento, el factor de atribución no puede ser otro que la culpabilidad -responsabilidad subjetiva- en donde se hace palpable el ‘reproche social’; es la conformación de cierta tipicidad del daño resarcible, incluso la

por las cosas o al medio ambiente que no se contemplan en el horizonte de la resarcibilidad”. Ricardo LORENZETTI, “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en L.L. 1993-D-1140.

⁷⁸ Carlos A. GHERSI, “La responsabilidad civil en la posmodernidad (reflexiones)”, J.A. 1994-III-883.

⁷⁹ Idem.

medición de la extensión de la indemnización no se hace en función del daño efectivamente sufrido, sino atendiendo a la intensidad de aquel reproche y se edifican en torno a él las consecuencias (conforme al modelo social de la culpa o negligencia y el dolo)⁸⁰.

De todas formas, esta concepción subjetivista, sea mirada desde la óptica del consumidor o cualquier otro sujeto dañado, no estaba lejos de generar un cúmulo de situaciones injustas al centrar su atención con exclusividad en la situación del autor del daño y no en quien resultaba víctima de éste.

Podemos apreciar que en determinados casos, producido un daño injusto sin mediar culpa del agente, todos los costos del mismo debían ser soportados por la víctima; esto motivó que se empezara a morigerar la situación a través del principio de equidad, ejemplo de ello es nuestro art. 907 -segunda parte- del Código Civil, que no toma en cuenta la existencia de culpa ya que se trata de un dañador incapaz, sino la situación patrimonial de éste y la de su víctima, vale decir criterios absolutamente objetivos (por no reparar en el elemento volitivo⁸¹) como la equidad.

A los efectos de subsanar estas deficiencias se empezaron a construir teorías alternativas del responder civil, “en la Argentina se advierte con nitidez el empeño de los juristas en buscar subrogantes de la responsabilidad fundada en la culpa”⁸². En este sentido se manifiesta López Olaciregui, al exponer que “la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito sino la del acto dañoso, o -si se quiere- la teoría del daño civil”⁸³.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Bustamante Alsina explica que “cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona”. Conf. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., pág. 359.

⁸² Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, ob. cit., *Responsabilidad...*, pág. 177.

⁸³ José María LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., “Esencia y fundamento...”, pág. 941.

Pero, en realidad, esto fue un reflejo de lo que ocurría en otras latitudes, donde comenzó a abrirse camino la denominada teoría del riesgo, que hicieran célebre Saleilles y Josserand, “cuyo paradigma de imputación estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo”⁸⁴.

En toda Europa, la revolución industrial, caracterizada por el maquinismo y la producción en gran escala, produjo una marcada transformación en las condiciones económicas y sociales, tornando inadecuados los esquemas clásicos de la concepción subjetivista en materia de responsabilidad civil.

Para esta teoría es viable prescindir de la subjetividad del agente, desde el momento que “centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan sólo cuál hecho fuera, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más”⁸⁵; entonces, resulta suficiente la trasgresión objetiva que se verifica a través de la lesión del derecho subjetivo ajeno.

Para esta teoría se rompe con la ecuación: “responsable igual a culpable”. Porque, como señala Pizarro, “quien introduce un factor generador de riesgos en la comunidad apto para causar daños a terceros, debe reparar los detrimentos que la misma produzca, aunque no haya mediado culpa alguna de su parte”⁸⁶. En estos casos, la ley imputa normativamente a un sujeto la obligación de reparar, prescindiendo de culpabilidad alguna, atento a la relación causa-efecto en función de un riesgo creado por el agente. Es decir, se está ante un daño atribuible materialmente a un agente en función de la cosa o actividad riesgosa que éste ha introducido en la sociedad.

De esta formulación se deduce que el agente responsable sólo puede eximirse de responsabilidad demostrando que la

⁸⁴ Atilio ALTERINI, ob. cit., *Responsabilidad...*, pág. 106.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ramón Daniel PIZARRO, “Responsabilidad civil por riesgo creado”, en L.L. 1983-707.

causa le ha sido ajena, que se ha roto la cadena causal, ya sea por la existencia de caso fortuito, culpa de la víctima, o intervención de un tercero por quien no debe responder.

En nuestro Derecho, la teoría del riesgo tuvo acogida en primer lugar en la ley 9688 de Accidentes de Trabajo, también en el Código Aeronáutico, pero principalmente a través de la ley 17.711 del año 1968 que introduce francamente la teoría en el art. 1113 del Código Civil.

A partir de la introducción de este precepto, todo dueño o guardián de cosas pasa a responder por el solo hecho de causar el daño, sin que le sea suficiente probar, para eximirse, que de su parte no hubo culpa o que cumplió con todas las diligencias a su cargo.

Como advierte Rivera, “durante mucho tiempo, los autores y sobre todo los civilistas, los abogados y los jueces han considerado que la función del sistema de responsabilidad civil es la atribución de una responsabilidad, de un castigo al autor de un hecho ilícito que hubiera sido susceptible de ser atribuido a él en función del dolo o de la culpa en que había incurrido y del cual había emanado un daño”, pero “a partir de que a fines del siglo XIX la doctrina elabora los factores objetivos de atribución, particularmente la teoría del riesgo, hay todo un traspaso de la idea del derecho de la responsabilidad como atribución, como un castigo, como un juicio de reproche moral al autor del hecho ilícito (Llambías), hacia una concepción totalmente distinta, que pone su centro de mira en la víctima y por lo tanto se convierte en un sistema de reparación de infortunios”⁸⁷.

La culpa ha pasado de ser el sistema prevalente, la regla de responsabilidad por antonomasia, a constituirse en lo que el autor italiano Sandro Schipani denomina la “*norma de clau-*

⁸⁷ Julio César RIVERA, “Responsabilidad civil y economía”, en Carlos Gustavo VALLESPINOS, (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 11.

sura” del sistema de responsabilidad civil. Es decir, primero debemos estar al factor de atribución consagrado por la ley para el caso específico, en defecto del cual recién podremos abreviar en la culpa como regla genérica⁸⁸.

Alterini se pregunta ¿por qué se expandió la responsabilidad objetiva? ¿Por qué hoy es tan común que se atribuya responsabilidad sin requerir culpa, incluso cuando el responsable haya actuado diligentemente?; ante estos interrogantes plantea como hipótesis que quizás haya sido el abandono de la idea de asimilar culpa y pecado, y una vez que se pudo romper con esa ligazón recién se pudo llevar a cabo un razonamiento puramente jurídico. Entonces, dado un daño sin culpa, la cuestión dejó de estar centrada en cómo imputar responsabilidad a un inocente, para ser desplazada por otra cuestión, que había sido soslayada hasta ese momento, y es que habiendo dos inocentes cómo hacer para que el inocente dañado no cargue con los costos del daño. En razón de lo cual se concluyó que la víctima debía ser indemnizada de algún modo⁸⁹.

A efectos de recapitular conceptualmente lo visto hasta aquí, podemos recurrir a Lorenzetti⁹⁰, quien citando un importante trabajo de Ivonne Lambert Faivre, plantea que existiría una evolución en el ámbito de la responsabilidad civil desde una *deuda de responsabilidad* hacia un *crédito de indemnización*. Ello sería así atento a que el nuevo Derecho de Daños pone el acento en el derecho de la víctima a recibir una reparación antes de preguntarse por la acción dañadora del victimario, y así iría sugiriendo un desarrollo de la responsabilidad civil hacia la seguridad social.

Bajo el *paradigma* -para usar un término muy en boga- de la responsabilidad como deuda, todo el desarrollo del De-

⁸⁸ Atilio ALTERINI, “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en Carlos Gustavo VALLESPINOS (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 122.

⁸⁹ Idem, pág. 124.

⁹⁰ Ricardo LORENZETTI, ob. cit., “El sistema...”, L.L. 1993-D-1140.

recho gira en torno al sujeto deudor, vale decir, el responsable (culpable). Por esta razón los análisis jurídicos más medulosos se centran en la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. En este contexto la autoría es fundamentalmente individual.

En cambio, bajo el *paradigma* de la responsabilidad como crédito, se vuelve la vista sobre la víctima, es decir, el sujeto acreedor. Por ese motivo se concentran los estudios en torno al daño, que pasa a ser un elemento central y casi excluyente, dado que constituye el objeto del derecho creditorio. En este contexto, la autoría deja de ser tratada como algo eminentemente individual; por ese motivo hace su entrada la seguridad social como un mecanismo que asegura la reparación de los daños a las víctimas⁹¹.

En este segundo *paradigma* de la responsabilidad civil se vuelve la mira sobre la víctima, y ya no interesa tanto castigar, sino reparar; por ello, al ocuparse del daño injusto, se desplaza en centralidad al “injustamente causado” por el “injustamente sufrido”.

Entonces, a manera de resumen, podemos afirmar que los problemas contemporáneos de la responsabilidad civil parten del distanciamiento verificable entre las nociones de culpa y daño. La especialización y complejidad de la producción industrial, o de las actividades humanas en general, dificultan y oscurecen la búsqueda de la culpa ante un accidente determinado que ha ocasionado un daño.

⁹¹ Pero si alguna vez pudo verse la seguridad social como una especie de sustituto de la responsabilidad civil, hay que reconocer que a partir de los '90 parece haber entrado en una crisis de sustentabilidad, que la está volviendo inviable para el cumplimiento incluso de los fines específicos para los que fuera creada.

No obstante el mayor riesgo no es ese, sino que se entre en una “inflación” declamativa de derechos, que son reconocidos pero no aplicados, y que por ello pudieran afectar los contenidos sancionatorios y preventivos del derecho de daños.

La responsabilidad civil nace como una suerte de derivación de la responsabilidad penal (un epifenómeno), por ello es natural que primordialmente se buscará castigar al culpable, y que sólo como consecuencia de ello se procurara indemnizar el daño.

Siguiendo una línea de razonamiento muy simple, es claro que para castigar primero hay que averiguar la “causa” del daño; es decir la acción antijurídica culpable que lo ocasionó. En este sentido, la imputabilidad se basa en el axioma “no hay responsabilidad sin culpa”. Se trata de una concepción centrada en el victimario (deudor), y por ello es natural que los únicos daños reconocidos sean por el hecho propio y no sean admisibles otras formas de imputabilidad que las vinculadas al obrar humano.

Entonces, para que un hecho cualquiera sea atribuible a un sujeto debía verificarse un doble vínculo; por un lado, un vínculo objetivo, el llamado nexo causal, y por otro uno subjetivo, consistente en la culpa o dolo. Por eso la concepción de la culpa es profundamente personal y síquica.

Por ello, cuando se expande la responsabilidad civil por fuera de los moldes tradicionales que le servían de continente, se siguió afirmando que existía una culpa presumida, o una culpa objetiva, o incluso que el fundamento último de la doctrina del riesgo creado era la culpa en alguna de sus variantes *ad hoc -in eligendo, in vigilando, etc.-*. En definitiva, no eran más que artificios argumentales para afirmar que la moral no había perdido centralidad en materia de la responsabilidad civil.

Las críticas formuladas a la insuficiencia del sistema basado en la culpa dieron lugar a la teoría del riesgo. Esta nació principalmente ante la dificultad de probar la culpa en accidentes del trabajo, que dejaba a las víctimas sin ninguna indemnización. La discusión estaba planteada en estos términos: ¿la culpa es el único fundamento posible de la responsabilidad civil? La respuesta negativa se confirmó con la aparición (o reaparición) de la responsabilidad objetiva.

De esta manera, en primer lugar podemos ubicar la posición tradicional y más precaria para la víctima, que es aque-

lla en que debe probar la existencia de culpa, el hecho generador, el daño y el vínculo causal entre los dos últimos.

En segundo lugar podemos ubicar a una variante de la posición anterior, la exigencia de culpa para hacer nacer responsabilidad pero bajo presunción *iuris tantum* de su existencia; en este caso la víctima sólo debe probar el hecho generador, el daño y el vínculo causal entre ambos. Corresponde al dañador probar la ausencia de culpa para liberarse de responsabilidad.

En tercer lugar, es posible que la víctima deba ser indemnizada sin importar la culpa del autor. La responsabilidad objetiva se desentiende del análisis de la culpa. Ésta no presenta ninguna relevancia para el establecimiento de la responsabilidad. La víctima debe probar dos extremos: el hecho dañoso y el vínculo causal. El agente dañador sólo puede eximirse de responsabilidad probando la concurrencia de alguna de las hipótesis que interrumpen el vínculo causal entre el hecho y el daño. Esto es, fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero por quien no debe responder o el hecho de la propia víctima.

Por último, hasta es posible pensar en términos teóricos (y en razón de la confusa evolución del sistema) que el autor del daño no pueda eximirse ni siquiera con la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito⁹². En este caso estaríamos ante una hipótesis de protección total ante la víctima.

Estos estadios evolutivos son entendibles si repasamos lo planteado por Lambert Faivre, referido a la responsabilidad como un crédito de indemnización. Ésta deja de ser el instrumento utilizado para sancionar un comportamiento culpable, y pasa a convertirse en una herramienta para asistir

⁹² Véase que "... en Francia, la última y más aguda expresión de responsabilidad objetiva: la ley de accidentes de la circulación, de julio de 1985, impone la responsabilidad por daños del guardián y del conductor, *suprimiendo la posibilidad de exonerarse por fuerza mayor, por hecho de tercero, o por simple culpa de la víctima*". Conf. Juan José CASIELLO, ob. cit., pág. 11.

a la víctima de un daño. Por ello el presupuesto de mayor importancia es el daño, por ser la fuente generadora de responsabilidad; por ese motivo se amplía su concepto, que ya no sólo afecta al patrimonio sino a la persona en sus dimensiones psíquica, física, afectiva, moral, etc. Así entendido, los daños se puede menoscabar de manera jurídicamente relevante no sólo derechos subjetivos sino también a intereses simples.

Pero lo más importante desde el punto de vista de nuestro estudio es que cobra centralidad el factor de atribución, porque se ocupa de la asignación del costo indemnizatorio a alguien. En este contexto pierde entidad la acción y la antijuridicidad, incluso la causalidad deja de ser física para volverse normativa, porque ya no intenta tanto averiguar las causas como asignar los efectos.

Entonces, implosiona el viejo axioma de “no hay responsabilidad sin culpa” y se proyectan en el Derecho numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso del derecho, la equidad, la culpa objetiva, etcétera.

Para concluir, podemos afirmar junto a De Lorenzo que “uno de los cambios más importantes que se han registrado en el ámbito de la responsabilidad civil en las últimas tres décadas, probablemente, ha sido el haberse *liberado* de un esquema basado en el *reproche*, para transitar hacia un sistema de *redistribución del daño injustamente sufrido* sobre la base de una diversidad de criterios de imputación”, y en este sentido “de esta nueva visión de la responsabilidad civil se derivó una marcada preocupación por la *víctima* del perjuicio, con un contemporáneo *ensanchamiento* de la *esfera de intereses* dignos de protección. La evolución puede ser descripta gráficamente en el tránsito del “daño a la propiedad” al “daño a la persona”, del daño individual al daño colectivo, de la reparación de aquél, a su prevención”⁹³.

⁹³ Miguel Federico DE LORENZO, “El daño y las causas de justificación en el proyecto de Código Civil 1998”, en Javier WAJNTRAUB, Sebastián PICASSO y Juan ALTERINI (coordinadores), *Instituciones de derecho privado moderno*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.

Los antecedentes en el *common law*

Desde el punto de vista estricto de los antecedentes de la responsabilidad civil por productos elaborados, el núcleo de su desarrollo no se encuentra en el *civil law* continental sino en el *common law* anglosajón, principalmente estadounidense.

Como era de esperarse, su desarrollo no tuvo origen en una teoría impulsada por preclaros pensadores o en legislaciones de avanzada, sino en su rico devenir jurisprudencial, que le permitió ir adecuando paulatinamente las soluciones jurídicas a las necesidades y realidades sociales.

Sin dudas la jurisprudencia del *common law* ha tenido una influencia gravitante en el desarrollo de las concepciones modernas sobre responsabilidad por daños de productos elaborados.

Como afirma Salvador Coderch⁹⁴, “[l]as reglas contemporáneas de la responsabilidad civil de producto surgen en torno al derecho de la responsabilidad contractual, se encuentran luego con el sistema de la responsabilidad por negligencia y confluyen finalmente en una única regulación de responsabilidad objetiva que combina elementos de ambos regímenes”, así “[a]ntes de que la Revolución Industrial madurara y alcanzara un estadio de consumo masivo, la regla general en materia de responsabilidad contractual tanto en el *civil law* como en el *common law* era el principio de eficacia relativa de los contratos”, es decir el principio jurídico por el cual se reconoce que los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus sucesores y no para terceros, esto es lo que los juristas anglosajones llaman *privity of contract*, por ello el damnificado tenía acción únicamente contra el fabricante si había comprado el producto directamente de él. Esta regla es, en algo, similar a la continental “*res inter alios acta*”.

⁹⁴ Pablo SALVADOR CODERCH *et al*, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law enforcement*)” en In Dret, Working Paper N° 164, Barcelona, octubre de 2003. www.indret.com, pág. 5.

En un caso resuelto en la Gran Bretaña en 1842 en el marco del *rule of privity*, *Winterbottom v. Wright* (152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)), un coche tirado por caballos, fabricado por el demandado, se accidentó como consecuencia de un defecto de fabricación resultando dañado un pasajero, que luego se constituyó en demandante. En esa oportunidad, la pretensión fue rechazada fundado en el hecho de que no existía vínculo contractual entre el pasajero y el fabricante del coche. La resolución de este caso devino en regla general hasta bien entrado el siglo XX. “La idea subyacente era que cada parte que configurara un eslabón en la cadena de contratos podría demandar por vicios ocultos a quien se hubiera relacionado contractualmente con él, pero no a un eslabón anterior”⁹⁵. En dicho fallo podía leerse esta afirmación: “no existe contrato entre las partes en el pleito; y si se permite al actor demandar, cualquier pasajero o incluso cualquier viandante, que fuera herido por el accidente del coche de caballos, podría entablar una acción similar. A no ser que se restrinja el alcance de estos contratos a las partes que los celebraron, las consecuencias más absurdas y horribles tendrían lugar”.

En rigor de verdad, las repercusiones de este fallo fueron más allá de sus reales pretensiones. La regla que se pretendía consolidar es similar a lo que conocemos como los “efectos no expansivos del contrato”, es decir, las acciones referidas al incumplimiento contractual sólo pueden ser iniciadas por los contratantes y no por terceros. No obstante ello, fue entendido en el sentido de que el productor no responde por los daños causados a un no contratante, aun cuando el fabricante hubiese sido negligente en la elaboración del producto.

En esta línea de pensamiento mayoritaria, el fallo sirvió de barrera de contención para las pretensiones contenidas tanto en acciones contractuales como extracontractuales. Sólo se hacía lugar a acciones de daños incoadas por los damnificados, en cuanto compradores, contra los fabricantes, en cuanto vendedores.

⁹⁵ Idem, pág. 5.

Lentamente se fueron corriendo los daños por productos del *rule of privity* (un equivalente a nuestra responsabilidad contractual) hacia el *tort of negligence* (un equivalente a nuestra responsabilidad extracontractual por culpa), básicamente a través de la creación de excepciones pero sin alterar la regla general que se mantenía incólume. Así llegamos al inicio del siglo XX cuando la excepción pasó a ser la regla.

En 1916 en los Estados Unidos se resolvió un verdadero *leading case* para la responsabilidad por productos, el caso *MacPherson v. Buick Motor Co.* (111 N.E. 1050 - N.Y. 1916); nuevamente nos encontramos frente a una situación originada por daños ocasionados por un coche, aunque en esta ocasión a motor. En este caso se había producido un accidente en el cual resultó herida una persona, cuando los rayos de una rueda de madera de un automóvil nuevo se rompieron y el auto chocó. El lesionado accionó contra el fabricante del automóvil y el demandado alegó que el dueño del auto lo había comprado de un revendedor y que la rueda había sido fabricada por otra empresa. El tribunal acogió la pretensión contra el fabricante del automóvil y resolvió el caso aplicando las reglas de la responsabilidad por negligencia (aunque según criterios muy menguados, casi una responsabilidad objetiva).

Este fallo importó un verdadero giro copernicano porque significó, por un lado la casi total abolición de la doctrina del *privity of contract* para este tipo de daños y el desplazamiento de la órbita de la responsabilidad. A partir de aquí la responsabilidad del productor fue apartada del ámbito contractual e inserta en el *tort of negligence*, vale decir nuestra responsabilidad civil por culpa.

Cabe la pregunta: ¿de dónde surge la culpa?, básicamente la situación era la siguiente, una persona compra a un vendedor (no fabricante) un automóvil; éste pierde una rueda y el comprador sale despedido. Ulteriores investigaciones demostraron que el defecto estaba en la rueda, pero ésta no había sido fabricada por el fabricante del automóvil sino por un tercero (autopartista). La víctima demanda al fabricante del automóvil y la pretensión es acogida fundada en

el hecho que el defecto pudo ser descubierto por el fabricante, mediante una razonable inspección que fue omitida y de allí su accionar culposo.

Como era de esperar, Buick Motor Co. articula su defensa en torno al *rule of privity* y hace hincapié en que no existe relación contractual que lo vincule con el comprador y que, en consecuencia, no tiene deber alguno frente a un tercero (adquirente remoto). Estas afirmaciones hicieron más importante el caso, dado que el tribunal debió sostener su fallo destruyendo las bases de lo que era la doctrina judicial dominante.

A partir de aquí, el precedente *MacPherson v. Buick Motor Co.* empezó lentamente a reemplazar *Winterbottom v. Wright* como regla general a la hora de tratar la responsabilidad del fabricante no vendedor. Pero esto tiene una explicación, "Inglaterra había sido pionera en la Revolución Industrial, pero el consumo en masa surgió a inicios del siglo XX en los Estados Unidos de América, primera sociedad en la cual bienes de consumo duraderos y de tecnología compleja se comercializaron de forma masiva y fueron adquiridos por multitud de consumidores, ignorantes racionales de los riesgos de las máquinas que compraban"⁹⁶.

En 1944, también en los Estados Unidos, se ventiló el resonante caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (150 P.2d 436 (Cal. 1944)). En esa oportunidad, una camarera (no un consumidor) sufrió lesiones al explotarle una botella de Coca Cola en la mano, al introducirla en una heladera. La demandante alegaba que la empresa había sido negligente al llenar el envase a excesiva presión o bien el mismo recipiente era defectuoso y de allí el estallido en una situación de manipuleo ordinario. La pretensión fue acogida favorablemente aunque la mayoría del tribunal aplicó la doctrina de la *res ipsa loquitur* en función de la cual la negligencia (culpa) se presume; pero un voto particular, del juez Traynor, empezó a abrir camino en una diferente dirección, al fundar el deber

⁹⁶ Ibidem, pág. 7.

de reparar en un régimen de responsabilidad objetiva por defectos del producto. Con el tiempo, este voto en particular se convirtió en la *ratio decidendi* de la mayor parte de las jurisdicciones estadounidenses.

De todos modos, los jueces todavía seguían requiriendo la prueba de la negligencia del fabricante. Esa era una prueba difícil que obligaba a los litigantes a buscar el atajo de las garantías, en un primer momento explícitas (*express warranty*) y luego implícitas (*implied warranty*). De esta forma, la acción seguía basándose en una obligación de naturaleza contractual, por la cual el fabricante ante todo garantizaba la seguridad del producto.

La verdadera consagración del camino abierto por *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* se dio con el fallo *Hennington v. Bloomfield Motors* (32 N.J. 358, 161 A 2d 69 - 1960). El caso se trataba del accidente de una persona, causado por la falla de la dirección de un automóvil. La responsabilidad se imputa a título objetivo, aunque todavía en el ámbito contractual. En esa sentencia termina por ser invalidada la regla de la *privity of contract*, y el requisito de la garantía implícita se extiende a todos los productos y no sólo a los alimentos, como fue en un principio.

Posteriormente se resuelve el caso *Greenman v. Yuba Power Products* (59 Cal. 2d, 27 Cal. Rptr. 697, 377 P. 2d 897 - 1963); donde se ventila una situación de daños sufridos por una persona que había utilizado una herramienta multifunción que podía servir de sierra, taladro y torno de madera. Mientras el damnificado trabajaba con la herramienta, una pieza se soltó por fallas en los tornillos de sujeción y le causó serios daños en el rostro.

En este caso se rompe definitivamente con la anterior lógica y se admite una acción basada en *tort* (el equivalente a nuestra responsabilidad objetiva extracontractual) y no el *contract*, por lo que no había que cumplir ningún requisito de *privity*. El daño causado por un producto elaborado deja de ser un daño contractual para pasar a ser un daño extracontractual, pero con esta novedad: el factor de atribución es la

responsabilidad objetiva (*strict product liability in tort*). En el fallo puede leerse que “el productor es objetivamente responsable, si difundiendo un producto sobre el mercado, con el conocimiento que éste será usado sin ningún control preventivo, el producto resulta peligroso para la salud humana”⁹⁷.

Como afirma Payet, la responsabilidad extracontractual estricta por productos defectuosos (*strict product liability in tort*), es fruto de la evolución de la responsabilidad civil por culpa (*tort of negligence*) y el régimen de garantías expresas (*express warranty*) y tácitas (*implied warranty*)⁹⁸.

Con posterioridad, en 1965, fue codificado en art. 402 A del *Restatement of Torts (Second)*, a partir del cual la responsabilidad civil por defecto de producto era imputado a título objetivo, independiente del contrato, y abarcaba también al vendedor de manera solidaria⁹⁹.

Esta consagración legislativa fue de particular importancia en el Derecho Comparado porque “la regulación europea vigente sobre la responsabilidad objetiva del fabricante por defecto del producto se inspira claramente en los desarrollos jurisprudenciales norteamericanos y, en particular, en el *Restatement* de 1965”¹⁰⁰ y de allí se construyó un *punte* con el resto del sistema continental del *civil law*.

⁹⁷ Citado por Guido ALPA, ob. cit., pág. 404.

⁹⁸ José Antonio PAYET, ob. cit., pág. 107.

⁹⁹ Pablo SALVADOR CODERCH *et al*, ob. cit., págs. 7, 8 y 9.

¹⁰⁰ *Idem*, pág. 10.

CAPÍTULO 3

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A RECLAMAR DAÑOS

En este capítulo vamos a exponer los principales argumentos esgrimidos para justificar una protección especial al consumidor, en cuanto víctima de daños.

Cuando utilizamos el término *fundamentos* estamos haciendo uso de una expresión polisémica y, en consecuencia, podemos estar haciendo alusión, al menos, a tres dimensiones diferentes que no conviene que sean confundidas.

Por un lado, es normal en el Derecho reservar esta denominación para referirse a las normas y principios jurídicos que sirven de base de apoyo para sostener una determinada decisión (fáctica o normativa); así, por ejemplo, los fundamentos de un fallo serán los razonamientos y normas que se aplican en el caso en cuestión.

Por otra parte, se puede hablar de fundamentos entendiéndolos como las justificaciones que nos llevan a inclinarnos por una regla de Derecho en detrimento de otra, en estos casos estamos aludiendo a los argumentos morales (aquí se entronca la idea de justicia), que nos demuestran por qué razones debiéramos preferir una solución a otra; en este sentido, el fundamento de la protección del consumidor será la protección del *débil jurídico*.

Finalmente, se puede hacer referencia a los fundamentos desde un punto de vista consecuencialista; ello es en función de su incidencia sobre la realidad social en orden a un deter-

minado objetivo que se considere socialmente valioso; un ejemplo de ello puede ser el sistema de responsabilidad civil restringido, aplicable a productos manufacturados, que rigió en el siglo XIX y que operaba como un incentivo hacia el incipiente desarrollo de la industria que se pretendía apuntalar.

Los argumentos que vamos a tratar en el presente capítulo no son interpretaciones legales que se pudiesen derivar de algún sistema normativo; por el contrario, son argumentos creados para favorecer la adopción de un régimen de responsabilidad determinado que asigne las consecuencias del daño a un sujeto distinto del consumidor. Básicamente se trata de justificar la adopción de un determinado sistema, de exponer las razones que justificarían la imputación de responsabilidad al proveedor por los daños que ocasionan sus productos o servicios.

En primer lugar, podemos afirmar que nadie duda que esta categoría de sujetos deben responder por aquellos daños que ocasionen sus productos o servicios cuando ha mediado intención dañosa de su parte (*dolo*); aquí estaríamos frente a un delito de manera lisa y llana. En estos casos -y tal vez, también en algunos supuestos de culpa grave del productor- existe desprecio por la convivencia social y falta de respeto por los derechos de otros. Imaginemos un envasador de pescados de mar que haya abrazado una fe religiosa que sea virulentamente contraria al catolicismo y decida introducir tóxicos en las conservas que serán comercializadas en Semana Santa.

En segundo término, podemos afirmar que similar postura estaríamos dispuestos a sostener en caso de que se trate de culpa del productor, ya no estaríamos ante una intención dañosa sino frente a negligencia, impericia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo, etc.

En el caso de la culpa nos encontramos con una cuestión muy señalada por los autores: la dificultad, cuando no imposibilidad de probar la culpa en el común de los casos de productos dañosos, por lo que se sugieren variantes y aportaciones *ad hoc* a esta teoría para volverla más operativa.

A lo anterior se contesta, que la cosa que causa el daño lleva intrínsecamente la condición determinante del perjuicio, de manera tal que sólo bastaría con probar este extremo para acreditar a su vez que el productor introdujo al mercado un producto *no apto* para el consumo al que estaba destinado. Tomemos el ejemplo que vimos recién, imaginemos que el envasador no es un anticatólico, sino todo lo contrario un católico militante que preocupado por no dejar a los fieles sin el producto de mayor consumo en la Semana Santa ordena aumentar sensiblemente la producción, implicando esto una reducción de los estándares de calidad, lo que permite la introducción de una toxina en las conservas. Simplemente con probar la existencia de la toxina se estaría probando la culpa del productor. Entonces, podríamos afirmar de manera preliminar que, *prima facie*, el argumento de la dificultad de la prueba de la culpa no sería de mucha entidad.

No obstante ello, la dificultad existe, y lo hemos visto con detalle en capítulos anteriores. La mayor parte de los productos que se comercializan hoy en día son bienes “*complejos*”, que pasan por infinidad de “*manos*” antes de llegar al consumidor, esta circunstancia hace que para el consumidor probar que el producto tiene un vicio o defecto no le resulta suficiente para lograr la reparación, basándose en la culpa. Volvamos al ejemplo, imaginemos que los consumidores se han visto dañados por una toxina que se encontraba en el pescado en conserva, y que pericialmente no se pueda determinar si la toxina se introdujo en la carne por una innovadora técnica de pesca, o en momento de su transporte al envasador, o en el proceso de envasado o bien durante el proceso de distribución-comercialización. En ausencia de normas que estipulen lo contrario y tomando como referencia de base las disposiciones de los códigos decimonónicos, la culpa es personal y no se presume, por lo que el consumidor debería probar quién le causó el daño y no le bastaría con señalar posibles causantes.

Como ya hemos señalado anteriormente, las dificultades de probar la culpa cuando se encuentran involucradas personas o máquinas que por sus características requieran amplios

conocimientos técnicos, por estar implicado el uso de tecnología de avanzada o costosos procedimientos de averiguación por las complejas e interdependientes relaciones de la economía moderna, pusieron en crisis a la relación culpa-daño-reparación. En este contexto, las dificultades de probanza fundadas en las múltiples fuentes causales del daño, vale decir la existencia de un factor causal remoto, difuso y múltiple, operaba en la práctica como una verdadera regla de *no responsabilidad*.

Por otra parte, la prueba puede hacerse más difícil según el tipo de vicio. En los casos de vicios de fabricación o de conservación, como los vistos en los ejemplos -amén de las dificultades señaladas en el párrafo anterior-, se puede afirmar que se tratan de los vicios más fáciles de probar, no sucede lo mismo en los casos de vicios de diseño y de información porque no existen pautas objetivas para determinar la desviación que causa daños, por el contrario se debe indagar en “lo acertado o desacertado de los juicios, decisiones o evaluaciones que ha realizado el fabricante”¹⁰¹ al optar por un diseño del producto en detrimento de otro o bien de brindar un cierto dato del producto dejando otros sin transmitir.

Por todo lo expuesto, y ante el temor de dejar al consumidor sin reparación por cuestiones probatorias, se empezó a virar hacia una responsabilidad objetiva la cual se ha sustentado en múltiples razones.

Todos los argumentos reseñados pueden ser agrupados y sistematizados en las tres tesis que han servido para justificar el reconocimiento del derecho del consumidor a reclamar daños¹⁰²:

¹⁰¹ Julio Alberto KELLY, ob. cit., pág. 49.

¹⁰² Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA y Oscar E. ROMERA, ob. cit., págs. 179-180; Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Serie Ensayos, 1985, págs. 49-97.

Tesis jurídico-pública

También llamada “teoría de la seguridad social”. No se trata básicamente de un argumento que se sustente en el sistema de responsabilidad -al menos en la visión habitual-; por el contrario, la razón del deber de reparar al consumidor se encuentra en la solidaridad, en la búsqueda de la socialización de los riesgos, vale decir en un principio de seguridad social.

La trataremos en detalle en el capítulo siguiente.

Tesis jurídico-privada

Para esta corriente de pensamiento la responsabilidad por daños al consumidor no es una materia propia del derecho público o de la economía, sino del derecho privado. Así, se examina la cuestión en el marco de las relaciones entre productor y consumidor según los parámetros del derecho privado y de la responsabilidad civil.

Nos ocuparemos de éstas en el capítulo 5.

Tesis económico-utilitarista

Dentro de esta corriente debemos ubicar al Análisis Económico del Derecho. Estudiaremos con detalle en qué consiste esta escuela en la segunda parte de este trabajo, pero como vimos en la introducción, podemos enunciar que el AED es una corriente de pensamiento gestada y desarrollada en Escuelas de Derecho de Yale y Chicago, por Calabresi y Posner respectivamente, en base a un trabajo de un reconocido economista, “El costo social” de Ronald Coase¹⁰³.

¹⁰³ Ronald COASE, ob. cit., págs. 1-44.

Si bien luego veremos en detalle las razones y fundamentos de la visión económica, y haremos la crítica a éstas en el capítulo 6, corresponde formular una observación preliminar a esta concepción haciendo uso de los argumentos del destacado profesor de Yale, Owen Fiss, quien expresa que "... podemos salvar el derecho de las garras del neoliberalismo y del mercado solamente afirmando (...) la autonomía del derecho y su devoción a la justicia", y luego agrega que "el derecho es un campo autónomo de la actividad humana que no sirve a ningún amo más que a la justicia. Por esa misma razón valoramos el derecho y lo celebramos proclamando que todos deben doblegarse ante el *rule of law*".

Finalmente, expone en relación al AED, que "los proponentes del neoliberalismo han buscado forjar un enlace entre esa política de desarrollo y el derecho, pero en mi opinión, no hay conexión intrínseca. El insistir en una, negaría la autonomía del derecho e ignoraría el hecho de que la finalidad del derecho es la justicia, no el desarrollo económico"¹⁰⁴.

¹⁰⁴ FISS, Owen, "La autonomía del derecho", en http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/omf2/pdf_files/Laautonomiadelderecho.pdf (última visita 25/1/2005).

CAPÍTULO 4

TESIS JURÍDICO-PÚBLICA

La responsabilidad civil ha ido perdiendo exclusividad en la reparación de los daños. Hoy es posible aludir a un sistema reparatorio donde se combinan diferentes métodos, técnicas y procedimientos.

La razón de ser de este fenómeno tiene que ver con diferentes cuestiones, como ser:

“1) la excesiva demora que el proceso típico de responsabilidad civil insume, y que hace que la víctima reciba una indemnización en que en muchos casos ya no es adecuada a su situación, o le llegue demasiado tarde o después de padecer un sufrimiento innecesario;

2) la inidoneidad del sistema de responsabilidad para dar solución a daños masivo, como los provocados por el fenómeno terrorista en algunos países, el SIDA, los accidentes de circulación, etc.

3) los altos costos que generan la intervención de abogados, peritos, jueces, el costo de los sellados y de mantenimiento de tribunales, la saturación del sistema tribunalicio, la inoperancia práctica de los medios alternativos de solución de conflictos, etc.”¹⁰⁵.

En este contexto aparece lo que rotulamos como “tesis jurídico-pública”, consistente en una posición teórica que ha-

¹⁰⁵ Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., t. 1, pág. 34.

lla su fundamento en los principios de la seguridad social, antes que en las reglas del Derecho Civil.

Como veremos a continuación, no se trata de un argumento que se sustente en el sistema de la responsabilidad civil; por el contrario, la razón del deber de reparar al consumidor no tiene que ver con la justicia correctiva; ese deber se encuentra ínsito en la solidaridad.

Es cierto que el Derecho de Daños se ve constantemente superado por los acontecimientos sociales, que generan nuevas situaciones que reclaman el status de “daño jurídico” y su consecuente reparación. Ello nos pone frente al desafío de una permanente revisión del sistema de responsabilidad. Pero no obstante “consideramos que debe demarcarse con claridad el terreno de la responsabilidad civil del que debe ocupar la seguridad social, pues ninguna debe invadir el área correspondiente a la otra”, porque “... es dable remarcar que ambas herramientas para abordar el daño son radicalmente diversas: a diferencia de la responsabilidad civil, en la seguridad social no se exige que la conducta dañosa sea antijurídica, ni que sea atribuible a un autor sindicado como responsable, el cual puede estar inidentificado; y es dable que la propia sea culpable de su daño. Por tanto, al ser tan diversas, no deben ser confundidas ni subsumirse casos de una en otra”¹⁰⁶.

En una definición ya clásica se expresa que la seguridad social es la “parte de la ciencia política que mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual”¹⁰⁷.

Hay muchas razones para la popularidad de la Seguridad Social. Evidentemente, la principal tiene que ver con la pro-

¹⁰⁶ Idem, págs. 119-120.

¹⁰⁷ José PÉREZ LEÑERO, *Fundamentos de la seguridad social*, Madrid, Aguilar, 1956, pág. 35.

tección de los más débiles. De hecho se ha desarrollado como una parte del “*Estado Benefactor*”.

De manera genérica podemos afirmar que la seguridad social constituye un mecanismo ideado para asegurar el goce de los derechos económicos. En la etapa previa al reconocimiento efectivo de esos derechos las respuestas a las demandas sociales vinculadas con necesidades básicas venía por el lado de la asistencia, la beneficencia y la caridad.

También de manera genérica podemos afirmar que la seguridad social responde a un esquema de solidaridad horizontal, ya que presupone la cooperación entre sujetos sociales, en aras de una sociedad más igualitaria.

En teoría debiera funcionar como un seguro, pero no a la manera de un seguro privado, sino como un seguro social obligatorio, financiado básicamente a través de impuestos.

“La Seguridad Social es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales. [...] La Seguridad Social tiene como objetivo proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, tienen que ser garantizados obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social”¹⁰⁸.

En ese sentido se expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25: “toda persona tiene derecho a... los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y *otros casos de pérdida de medios de subsistencia, por circunstancias independientes de su voluntad...*”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ OIT, *Seguridad Social, Guía de Educación Obrera*, Ginebra, 1995, pág. 6.

¹⁰⁹ La cursiva es propia.

Los presupuestos de la responsabilidad civil, que hemos visto al principio del presente trabajo, no tienen razón de ser bajo este paradigma. Desde el punto de vista de la seguridad social no interesa identificar “responsables”, motivo por el cual se desentiende hasta del nexo de causalidad. Sólo interesa que dado un daño, la víctima sea reparada de algún modo cayendo esa responsabilidad en cabeza del Estado.

En estos casos estaríamos frente a lo que Trazegnies denomina una “no responsabilidad indemnizable”¹¹⁰.

Como bien lo explica Cavanillas Múgica, “el consumidor tendría derecho a reparación *per se*, con independencia de que exista o no en el sujeto obligado a indemnizar una causa de imputación de la responsabilidad. La razón para pagar, la causa de responsabilidad, no estaría en este sujeto, sino en el Estado, que, ante el especial desamparo del consumidor individual frente a los daños que pueden proceder de los bienes que utiliza, adopta una postura proteccionista. Y, como el Estado somos todos, concluimos en que la *ratio* del Derecho del Consumidor a obtener una reparación se encuentra en la solidaridad, en la socialización de los riesgos, en un principio de seguridad social”¹¹¹.

Desde este punto de vista, es necesario ser conscientes de los lazos sociales que amalgaman nuestra comunidad. De ello se deriva un deber de asistencia mutua por lo que se justifica compensar, en todos los casos, a las víctimas inocentes de los accidentes.

Pareciera ser que esta tesis nos desafía a aceptar que si verdaderamente nos preocupa la situación de las víctimas, por qué no establecemos simplemente reglas que impongan al Estado el deber de reparar los daños.

¹¹⁰ Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, “La teoría jurídica del accidente” en José Luis de los MOZOS y Carlos SOTO COAGUILA (directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, Lima (Perú), Editora Jurídica Grijley, 2006, t. 4, pág. 428.

¹¹¹ Santiago CAVANILLAS MÚGICA, ob. cit., págs. 49.

Se puede aducir que el sistema de seguridad social estatal es una manera muy simple y eficaz de difuminar riesgos, y con bajos costos de administración¹¹². Por otra parte, el Estado es un deudor bastante seguro dado que -técnicamente- no se insolventa.

No obstante, igualmente es blanco de críticas por su escasa capacidad para crear incentivos preventivos.

En este sentido, es posible pensar en un ente estatal con fondos públicos para hacer frente a los daños (indemnizar víctimas) y que eventualmente se subrogue en los derechos de las víctimas para reclamar a los responsables.

Esta tesis supone su concreción en un sistema de seguridad social a cargo del Estado, algo similar al régimen de daños por accidentes automovilísticos vigente en Nueva Zelanda o, eventualmente, a través de un seguro obligatorio para los productores, que deben incluirlo como un costo más de producción. La idea es que se garantice al consumidor su indemnidad frente a los daños que puedan surgir en la relación de consumo.

Como para tomar una idea global de la situación, corresponde esquematizar que en Nueva Zelanda existe un régimen general de compensación de daños causados por accidentes de tránsito y laborales. En 1972 se aprobó una legislación conocida como la *Accident Compensation Act*. Esa norma establece que se debe indemnizar a todos aquellos sujetos que sufran daños personales por accidentes. Los fondos de dicha compensación provienen de un fondo especial al cual aportan empleadores y trabajadores autónomos, y propietarios y conductores de vehículos automotores.

Como otra alternativa en este mismo sentido puede mencionarse el sistema vigente en Suecia. Allí existe un sistema de seguridad social para atender daños patrimoniales, sien-

¹¹² Valga la aclaración, que ello no quiere decir que sea un sistema eficiente.

do esos beneficios deducibles de las indemnizaciones percibidas en el marco de la demanda por responsabilidad civil. Con relación al daño moral, éste no se halla cubierto por el sistema de seguridad social y sólo puede exigirse su reparación en el juicio de daños contra el agente causal de éste, en algunos casos el mismo Estado exige a los productores la contratación de seguros especiales y privados que comprendan estos supuestos, por ejemplo cuando se trata de productos medicinales¹¹³.

Otra alternativa sería idear un sistema de seguros privados y obligatorios, similares a los seguros por daños a terceros que deben tomar forzosamente los propietarios de automotores en Argentina.

Más allá de las alternativas, por no ser ésta una teoría aplicable al sistema de responsabilidad civil en cuanto tal, no se ocupa de explicar las razones por las cuales el productor debería responder, simplemente se ocupa de las razones por las cuales el consumidor no debería cargar con los daños buscando luego en quien *descargar* estos costos.

Podríamos descartar de plano esta tesis, atento a que no se corresponde con el objeto de nuestro trabajo pero, no obstante, corresponde explicar las razones por las cuales consideramos que pese a su inicial atractivo hay razones de peso que desaconsejan su adopción.

En primer término, no discrimina entre los diferentes tipos de daños. Al parecer, al mentado deber de reparar fundado en principios de solidaridad, le da igual tanto daños materiales como personales. Y como explicaremos más adelante, una tesis plausible en materia de daños al consumidor debe ser sensible a esta distinción.

En segundo lugar, da origen a un sistema excesivamente costoso e ineficiente, desde el mismo momento que no genera incentivos para introducir productos más seguros al merca-

¹¹³ José Antonio PAYET, ob. cit., t. I, págs. 439-444.

do, es decir, no se preocupa en desarrollar estímulos suficientes para que los productores realicen inversiones en seguridad.

En tercer orden, y como una derivación del punto anterior, se lesiona la función de prevención. Si frente a la existencia de daños, es el Estado quien se hará cargo de las reparaciones, entonces, los agentes causales de los daños no encontrarán incentivos para no dañar. Razonablemente a todos nos interesa que en caso de ser dañados seamos resarcidos integralmente, pero antes que esto más nos interesa no ser dañados.

Finalmente, resulta muy cuestionable la justicia de la solución. Por un lado es loable la preocupación por las víctimas, pero una solución justa no sólo es aquella que repara a quien resultó dañado, sino también la que condena a reparar a quien fue agente causal del daño.

A estas críticas podría responderse que si combinamos la reparación integral por parte del Estado (que dispersa el costo de los accidentes y deja a salvo los derechos de las víctimas), con acciones de repetición a su cargo contra los productores y, eventualmente, con sanciones penales para los causantes *culpables* de los daños, existirían incentivos para no dañar, la función preventiva se vería realizada; en consecuencia, el daño seguramente no se produciría y así la sociedad no se vería empobrecida, y en caso de producirse el daño la víctima siempre sería reparada.

No obstante, la complejidad de una teoría que lleve adelante estos postulados, así como los costos y dificultades de su implementación práctica nos llevan a asegurar que existen medios alternativos que pueden alcanzar esos mismos objetivos de manera mucho más simple y eficiente.

CAPÍTULO 5

LAS TESIS JURÍDICO-PRIVADAS

De las tres grandes tesis que se han ocupado de sustentar los fundamentos del derecho del consumidor a reclamar daños, hemos visto que la “tesis jurídico-pública” no tiene mayor andamiaje en el contexto de este trabajo, atento a que se funda en principios distintos a la responsabilidad civil.

En este capítulo nos explayaremos en las tesis jurídico-privadas, éstas tienen en común pertenecer al mismo espacio jurídico, pero presentan enormes variedades en cuanto a sus líneas argumentales.

Para esta corriente de pensamiento, la responsabilidad por daños al consumidor no es una materia propia del Derecho Público o de la Economía, sino del Derecho Privado. Así, se examina la cuestión en el marco de las relaciones entre productor y consumidor según los parámetros del Derecho Privado y de la responsabilidad civil.

Confianza en el productor

El principio de confianza puede expresarse en estos términos: “todo aquel que, con sus conductas o sus manifestaciones de voluntad, suscite en otro una razonable creencia con respecto a ellas, está obligado a no defraudar esa expectativa

y, en caso contrario, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados”¹¹⁴.

En atención a que vivimos una época caracterizada por los progresos de la industria, la ciencia y la técnica, es razonable que nuestra sociedad valore positivamente la industria porque los avances que ésta ha introducido nos han aportado para mejorar nuestra calidad de vida en todos los aspectos; en el fondo, existe una confianza en la pericia y conocimientos de los fabricantes en la creación de productos que no ocasionarán daños a quien los consume.

El acto del consumo no es una acción reputada como riesgosa, el consumidor no pretende *arriesgarse* al consumir tal o cual producto, por el contrario busca satisfacer una necesidad atento a que está convencido de que el bien o servicio que adquiere contribuirá a mejorar su existencia de algún modo. Si esta confianza es defraudada, el productor debe responder, sin necesidad de que el consumidor tenga que probar la existencia de culpa por parte del proveedor.

Las razones para atribuir responsabilidad, según esta postura, sería una suerte de expectativa del consumidor que fuera defraudada con el vicio del producto. Habría una semejanza con la garantía de vicios redhibitorios pero sin relación contractual.

Recordemos que el art. 2164 del Código Civil define vicios redhibitorios como “los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella”. Pero a diferencia de los vicios redhibitorios, no sería necesario que se verifique un contrato que ligue a productor con consumidor dañado, por el cual se

¹¹⁴ Noemí NICOLAU, “El principio de confianza en el derecho civil actual”, J.A. 2001-III-1.144.

haya transmitido un derecho a título oneroso, sería suficiente la existencia de una relación de consumo. Otra particularidad es que la garantía sería referente a la inocuidad del producto y no sólo a la impropiedad del destino de éste.

No obstante, esta explicación por sí sola resulta un poco etérea y vaporosa como para constituirse en el basamento de un régimen de responsabilidad distinto de la culpa y que, en consecuencia, se erija como una alternativa a ésta. A pesar de ello, no puede desatenderse que la protección de la confianza es un principio del Derecho y bien podría ser fundamento de responsabilidades, pero en concurrencia con otros factores.

Entendemos que en este sentido se expresa Nicolau cuando manifiesta que la confianza “constituye un principio general del Derecho que sirve de fuente a la norma, la que, a su vez, puede desarrollarse dogmáticamente en una teoría” y que “como principio general, la confianza se relaciona vertical y horizontalmente con otros principios de la misma naturaleza, aunque de diferente especie y jerarquía. Están los principios generales que pueden denominarse ‘básicos’, ‘troncales’ o ‘centrales’ (como la buena fe y el orden público), de los cuales derivan otros, más ‘específicos’ o ‘derivados’ (como el principio de la apariencia, de los actos propios o de la confianza)”¹¹⁵.

Deber de seguridad

Las Directrices para la Protección del Consumidor, aprobadas por las Naciones Unidas en 1985, establecen la legitimidad del interés de los consumidores respecto de la protec-

¹¹⁵ Idem, Creemos conveniente concluir la cita para cerrar la idea, aunque la incorporamos a pie de página, dado que por cuestiones de pertinencia no corresponde incluirla en el cuerpo principal de este trabajo.

ción de su salud y seguridad, así como la de sus intereses económicos.

Como expresan Agoglia y otros, “concebimos al deber de seguridad como una obligación contractual expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, que existe en todo tipo de contrato y por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que no le causará daños en bienes distintos al que fuera concebido como objeto del negocio, como consecuencia del desarrollo efectivo de la prestación principal”¹¹⁶.

El principal inconveniente de esta posición es su ámbito de aplicación, dado que la obligación de seguridad es de fuente negocial, vale decir es correspondiente al ámbito contractual¹¹⁷. Si bien la doctrina mayoritaria es coincidente en sos-

La autora expresa que “de manera vertical, el principio de confianza se relaciona con el de buena fe y el de orden público de protección, ambos de jerarquía superior. Es una de las muchas aplicaciones concretas del principio general de buena fe, tan difícil de conceptualizar, que se precisa en los casos concretos. En efecto, quien honra la confianza satisfaciendo toda razonable expectativa que suscitó en otro, obra con lealtad o probidad de conducta, es decir, con buena fe objetiva. También es una aplicación particularizada del orden público económico de protección, porque resguardando a quien creyó diligentemente, se satisface no sólo el orden económico sino la exigencia del orden público general.

De manera horizontal, el principio de confianza se relaciona con el de apariencia y el de los actos propios. Esto ocurre cuando se protege la confianza porque alguien ha creído en una apariencia creada o en una conducta que luego se contradice. Es decir, los estándares de la apariencia y de los actos propios brindan soporte al de confianza. Pero, a pesar de su estrecha relación, no deben confundirse, porque si bien las cláusulas de la apariencia y de los actos propios implican la de la confianza, ésta tiene otras proyecciones que no pueden ser incluidas en aquéllas. Por otra parte, como bien afirma Rezzónico, no es posible la equivalencia total entre confianza y apariencia, porque la primera atiende a la perspectiva del destinatario de la declaración, mientras que la apariencia se considera desde el perfil de quien da nacimiento a un comportamiento o una declaración aparente”.

¹¹⁶ María AGOGLIA, Juan BORAGINA y Jorge MEZA, “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, J.A. 1997-III-636.

¹¹⁷ En este sentido, en el II Congreso Argentino del Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario, se concluyó

tener que se trata de un deber genérico presente en todo tipo de contrato de consumo, deja sin cobertura a la relación de consumo de fuente no convencional.

Imposibilidad del consumidor para protegerse adecuadamente

Según este argumento, el gran número y creciente complejidad de los productos que se comercializan en los mercados actuales y de los cuales un individuo debe hacer uso necesariamente para poder *vivir* en sociedad (televisores, heladeras, ascensores, automóviles, etc.) hacen que no pueda protegerse adecuadamente de cada uno de ellos por lo defectos de cualquier tipo que éstos puedan presentar.

A esta posición se le objeta que no distingue adecuadamente entre consumidores, dado que existen categorías de éstos, más o menos vulnerables, más o menos informados, más o menos expertos, etc. y simplifican ostensiblemente el razonamiento, suponiendo que todos los consumidores son igual de inocentes y desprotegidos.

Por otra parte, no todos los productos son igual de complejos, a todas luces no resultan asimilables un cuchillo de cocina que un multiprocesador eléctrico, resultando bien diferentes las precauciones que deben tomarse en cada caso.

En conclusión, el razonamiento presenta demasiados flancos fácticos como para ser considerado seriamente.

que “el vendedor de un producto, fabricante o vendedor de él, responde objetivamente frente al comprador, pues pesa sobre el primero una obligación de seguridad de naturaleza contractual”.

Productores deben absorber los costos de los daños

Esta postura afirma que los costos de los daños deben ser incorporados sin más como costos de producción y se sostienen razones de distinto tipo para arribar a esta conclusión, principalmente por cuestiones de tipo emotivas basadas en simpatías por las víctimas inocentes que resultan dañadas; bien porque el productor cuenta con más medios económicos para responder frente a los daños, o también por el hecho de que éste se beneficia con los productos que lanza al mercado, por lo que debería responder por los daños que éstos crean.

Kelly objeta esta distinción porque considera que introduce valoraciones de índole moral en un razonamiento práctico donde no están involucrados principios morales básicos. La cuestión debe centrarse en si los daños deben considerarse costos de producción o del consumo, según valoraciones ajenas a la moral; por lo que, basarse en consideraciones de este tipo -como en razones emotivas-, para imputar responsabilidad entre un productor inocente y un consumidor también inocente que ha resultado dañado por un producto, sería un grueso error. Por otra parte, considera que no siempre el productor es el sujeto con más medios económicos.

Finalmente, si vamos a imputar al fabricante los daños de un producto porque lo introdujo en el mercado y obtuvo beneficios de él, entonces deberíamos recordar que el fabricante no es el único sujeto que se beneficia y que, en todo caso, su beneficio es económico, pero también el consumidor obtiene algún beneficio del producto, de otro modo no lo habría consumido; entonces ¿por qué considerar el lucro como determinante para asignar responsabilidad si el propio consumidor dañado pudo haber buscado en el producto la satisfacción de alguna necesidad no primaria como ser ostentación? Ello suponiendo que es dable diferenciar entre necesidades primarias que satisface el consumidor -por ejemplo, a través de la adquisición de alimentos- y el fin de lucro del proveedor.

No obstante, consideramos que la objeción más certera es la que encuentra beneficios mutuos en el acto de consumo,

básicamente el consumidor decide desprenderse de una determinada suma de dinero para adquirir un bien o servicio, y el empresario que lo comercializa se desprende de éste a cambio de dinero; porque el primero valora más el producto que el dinero a pagar en concepto del precio del mismo y viceversa, de otro modo no habría intercambio posible.

Entonces, cargar de responsabilidad al empresario por el solo hecho de que éste obtiene un beneficio económico, en el fondo encubre una consideración prejuiciosa hacia quien “hace dinero”, al que obtiene (o busca) lucro. Consideración ésta que no resiste el análisis para constituirse en la base un sistema de asignación de responsabilidad civil.

Por último, para los que gustan de los argumentos cargados de consideraciones emotivas, vale tener presente que no siempre el contexto de daños encuentra por un lado a un consumidor *que muere por ingerir alimentos con toxinas* y por el otro una empresa productora multinacional; también es doble encontrar una Pyme familiar que fabrica bienes suntuarios -por ejemplo, cristalería-, y debe quebrar ante una demanda de daños incoada por una rica señora que se ha cortado el rostro al romperse una copa defectuosa.

La teoría del riesgo creado

De acuerdo con esta teoría, desarrollada por los juristas franceses Salleilles y Josserand originariamente para brindar una solución más favorable al trabajador en el caso de los accidentes laborales; quien ha creado un riesgo para los demás debe indemnizar, en caso de que se produzca un daño. Basta con introducir el riesgo en la sociedad, a través de una actividad lícita o un producto cualquiera, para que quien lo introdujo deba cargar con los costos de los daños que estos puedan provocar.

Según esta postura, es el productor quien debe cargar con los daños, visto que ha introducido el riesgo en la sociedad a través del producto o servicio que comercializa.

Aquí subyace la idea moral de cargar con las consecuencias de una actividad a quien decidió llevarla a cabo. Pero no obstante creemos que hay algo intrínsecamente erróneo en esta teoría, si es que decidimos hacer hincapié en su valor moral, dado que debería responderse por los daños o por los riesgos, pero no puede afirmarse que debe responderse por los daños que se producen por el riesgo creado. Veremos un ejemplo que puede ilustrar nuestra afirmación.

Imaginemos que el productor P y el productor Q fabrican bajo licencia el producto R. Este producto es un utilitario que se usa para el trabajo, y que falla sistemáticamente al sexto día de uso continuo. El productor P se lo vende sólo a personas que casualmente descansan un día a la semana (los sábados) y productor Q a otros sujetos que se toman los fines de semana completos (sábados y domingos). El primero tendrá que hacer frente a una enorme cantidad de demandas, mientras que el segundo a ninguna. Un sistema de responsabilidad que avale y justifique casos como éste no puede ser un buen sistema de responsabilidad. Es cierto que potencialmente los dos pueden causar el mismo daño, pero el hecho desencadenante de la responsabilidad es esa especie de “alea” que transforma el riesgo en daño, cuando en todo caso, y en función de la idea moral subyacente, lo determinante es la *conducta* de introducir un riesgo, y en consecuencia, es lo que debería condenarse.

Somos conscientes que desde un punto de vista dogmático, esta afirmación se podría objetar fácilmente, sosteniendo que el *mecanismo* de la responsabilidad civil se pone en funcionamiento frente al daño. El daño es el disparador, y no el riesgo. Pero lo que parece una respuesta demoledora, es más aparente que real, dado que estamos objetando ahora el valor moral de una teoría que pretendió constituirse, nada menos que en un reemplazo de la imputación subjetiva.

La teoría del riesgo creado no es defendible moralmente porque inicialmente se construye sobre una concepción muy sólida, para luego transigir con el “utilitarismo” y por ello se contenta con sancionar las *malas conductas* (riesgosas) sólo en la medida que éstas hayan tenido consecuencias dañosas.

Y una mala acción es incorrecta *per se*, independientemente de sus consecuencias. Pero, obviamente, sancionar todos los riesgos, sin el requerimiento de que hayan generado daños, tornaría a la teoría excesivamente exigente y a la vez produciría una enorme cantidad de problemas prácticos que la dejaría desprovista de todo su atractivo.

Por otra parte, esta teoría puede funcionar relativamente bien para situaciones en las cuales quien introduce el riesgo en la sociedad, lo hace con alguna actividad o producto que le reporta algún beneficio personal¹¹⁸ a la par que esa misma actividad o producto representa un riesgo o peligro para el resto de la comunidad; como conducir un automóvil que genera beneficio para el conductor pero riesgo para los peatones. Pero no funciona tan bien cuando el riesgo introducido produce beneficios bilaterales, y sólo deba cargarse con la responsabilidad a quien lo introdujo (oferta) y no a quien lo requiere (demanda), tal el caso de la mayoría de los productos elaborados y servicios brindados.

La teoría del riesgo beneficio

Esta teoría es una variante de la anterior y presenta dos formulaciones, que veremos muy someramente.

En general, según la teoría del riesgo-beneficio, toda persona que se favorece del desarrollo de una actividad debe cargar también con los perjuicios que se ocasione a terceros y que son una consecuencia de ella.

En un primer término, actuó como un límite a la teoría del riesgo creado, atento que circunscribe los riesgos creados indemnizables a aquellos que han supuesto un beneficio para el sujeto que lo introdujo al mercado. La formulación sería la siguiente: riesgo creado + daño + beneficio económico para el autor = responsabilidad.

¹¹⁸ Aquí no hay que entender beneficio en sentido económico, sino como ventaja o goce.

Aquí, la idea moral está asociada al enriquecimiento injusto; de modo que si alguien se enriquece con una determinada actividad, es justo que también se empobrezca con las consecuencias dañosas de ésta.

A tal argumento se le pueden hacer las mismas consideraciones críticas que a la teoría anterior referido a la indeterminación del objeto de la respuesta, es decir, si se debe responder por los daños o por los riesgos. También es dable reconocer que si bien el producto o servicio representa un beneficio para el productor, también lo representa para el consumidor, de otro modo no lo hubiera adquirido.

Es más, esta explicación es altamente insatisfactoria por cuanto el consumidor, si bien no introduce un riesgo, demanda (valora) el producto con el riesgo -de otra forma no lo hubiera adquirido en el mercado- y también se beneficia con él, e incluso de una manera aún más intensa que el proveedor que con el producto satisface necesidades indirectas (para el empresario el producto es un bien de cambio), sin embargo el consumidor se vale de ellos para satisfacer necesidades inmediatas (para éste el producto es un bien de consumo).

En algún momento se pretendió quitar el componente económico del beneficio, y hacer hincapié en una suerte de ventaja o provecho jurídico para el autor, sin necesarias consecuencias patrimoniales. Pero la idea resultó ser demasiado “vaporosa”, en razón de lo cual esta teoría perdía su especificidad y se volvía asimilable al riesgo creado, dado que rara vez alguien introduciría un riesgo en la sociedad por el solo gusto de hacerlo, por lo general existe la persecución de algún beneficio asociado a la conducta riesgosa.

La teoría del riesgo de empresa¹¹⁹

Esta teoría sería un estadio de evolución posterior, que se inicia en el *riesgo creado* (riesgo de las cosas) y pasa por el

¹¹⁹ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad de la empresa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. IX, págs. 40-42.

riesgo beneficio (riesgo provecho) hasta llegar al *riesgo de empresa*. Este último es más abarcativo y comprende distintos ámbitos, a saber: frente a los propios dependientes en función de las relaciones de trabajo; frente al medio ambiente, en atención a su preservación; y frente al consumidor

Las razones que fundamentan este *riesgo de empresa* son variadas, y pueden actuar de manera conjunta o alternada: pero se trataría de la obtención de lucro por parte del empresario, sobre la organización de factores productivos, incorporando bienes y servicios al mercado como titular de una tecnología o saber científico que vuelca tanto en la organización de la empresa como en la producción-distribución-comercialización de los productos.

También se halla presente la realización de una actividad económica de manera profesional, con la posibilidad de prever la propia responsabilidad en atención a los mayores conocimientos que debe poseer en su calidad de experto, sería un riesgo inherente a la actividad profesional.

Esta concepción mira exclusivamente al *victimario* o agente causal del daño, en particular se concentra en su modo de organización. Si es empresa, le cabría esta responsabilidad especial, si no lo fuera se regiría por el Derecho común. Pero ante todo no queda claro si lo “reprochable”, es decir, lo que resulta fuente generadora de responsabilidad, es la forma de organización, el fin de lucro -que en rigor no es de la empresa sino del empresario-, la introducción de un riesgo, la combinación de algunas de estas circunstancias o todas juntas a la vez.

Ampliando un poco estas consideraciones, la teoría no precisa cuáles son las razones morales o prácticas que justificarían asignar responsabilidad en función del particular modo de organización; es decir, qué circunstancia hace que debamos considerar a la empresa como un agente dañador por *antonomasia*.

Por otra parte, si volvemos la mirada en los daños al consumidor, veremos que en un supuesto de daño podríamos asignar esta responsabilidad especial al fabricante, importador, etc., pero sólo en la medida que haya organizado su actividad

bajo la forma de empresa, pero no al comerciante individual (si lo conceptuamos en los términos del art. 1º del Código de Comercio). Obviamente, siempre queda el recurso de ampliar el concepto de empresa a efectos que los incluya a todos, pero en ese supuesto perdería su principal propiedad como categoría científica, cual es la capacidad de discriminar y diferenciar situaciones.

Supongamos entonces que el acento no está puesto en el modo de organización, sino en el fin de lucro, pero nos encontraremos con la desagradable sorpresa de que la empresa tiene por fin la producción de bienes y servicios para ser volcados al mercado, que no tiene fin de lucro, que en todo caso éste es un fin del empresario. Si esto fuera así, estaríamos cambiando nuestro objeto de consideración, ya no sería la empresa sino el empresario por donde pasaría el *ratio decidendi*, pero lo más significativo es que no habría razones para distinguir esta teoría del *riesgo-provecho*.

Además, podemos apreciar que algo similar sucede con relación al riesgo considerado en sí mismo. La empresa es un agente susceptible de introducir riesgos de la misma entidad que *no-empresas* (por llamarlas de algún modo), quizás puedan variar en su cantidad, pero su potencialidad dañadora es análoga. Desde el punto de vista de la víctima poco importa que lo haya dañado un producto fabricado por una empresa o por un artesano. Es decir, es indiferente para el dañado que el riesgo creado provenga de un ente especializado o de un individuo particular.

Como corolario, esta concepción es sensible a una distinción irrelevante en términos de daño; si el autor de éste es una empresa o no lo es; en la práctica parece operar como un condicionante a las teorías anteriores, es decir, sancionamos el daño producido por *riesgo-creado* en tanto provenga de una empresa, o condenamos el daño producido por *riesgo-provecho* siempre y cuando se trata de un empresario (no de una persona común) que haya buscado un beneficio económico con la introducción del producto riesgoso.

No obstante lo expuesto, y suponiendo que resultara posible obviar estas críticas, nos encontraríamos además con

que esta teoría no es sensible a una importante distinción; la que diferencia entre categorías de empresas, dado que en términos económicos, solvencia patrimonial, adecuación tecnológica, conocimientos técnicos, capacidad de asegurarse, etc., una pequeña o mediana empresa no resulta para nada equiparable a una gran empresa, como podría ser una multinacional.

Pizarro¹²⁰ expresa que existe otra formulación más atractiva del *riesgo de empresa*, entendida como un agravante; es decir, como una situación calificada de *riesgo-creado*. Así el *riesgo-creado* sería la formulación genérica y la empresa una variante de éste. Más allá del atractivo que esta formulación pueda tener, lo real es que pierde el carácter de fundamento autónomo y participaría de todas las críticas que oportunamente formulamos a esa teoría del riesgo.

La defraudación a la expectativa del consumidor

Una propuesta interesante es la tesis desarrollada por Silvia Sotomarino. Esta autora peruana afirma haber encontrado la razón del fundamento del consumidor a una protección especial en materia de daños, en la expectativa “calificada como una representación mental de la información (el producto y su seguridad) que incide o impacta o afecta la probabilidad subjetiva de éxito, midiéndose por la *distancia psicológica* que fijan los sujetos entre la aspiración y el medio concreto para alcanzar un objetivo que, en este caso, es la protección”¹²¹.

Posteriormente amplía la idea expresando que “la conformación de la expectativa es resultado de un proceso en donde ingresan los procesos cognitivos complejos de toma de decisiones, razonamiento inductivo y deductivo, solución de

¹²⁰ Ramón Daniel PIZARRO, ob. cit., *Responsabilidad...* t. I, págs. 68-70.

¹²¹ Silvia Roxana SOTOMARINO CÁCERES, *La responsabilidad civil por productos defectuosos*, Lima (Perú), ARA Editores, 2007, pág. 395.

problemas, la interacción entre la estimación de los riesgos y los beneficios, de la dificultad de la tarea concreta a realizar como la estimación de las habilidades y recursos existentes para llegar a un resultado. El individuo concluye en cuán probable o factible resulta la consecución de un objetivo como alcanzar la seguridad, formando parte de ese análisis la representación que realiza de los riesgos con ayuda de toda la información de la que cuenta para representar aquello sobre lo cual no tiene experiencia alguna, sobre aquello donde ya ha tenido alguna o sobre la cual existe una experiencia vicaria. Se debe distinguir entre lo que individuo *desea* conseguir o *nivel de aspiración* y el *nivel de expectativa*, que incluye lo que *estima* que puede conseguir tras un proceso mental que evalúa los medios reales para alcanzar la meta. Indudablemente, las personas forman hábitos de consumo que son reforzadas por la publicidad. La repetición de mensajes y del uso del producto genera cierta automatización o condicionamiento existiendo mensajes subliminales en la respuesta, entre otros mecanismos de recepción de la información. Aunque la publicidad es tomada por el consumidor, con cierta reserva, ello no impide que influya también en la toma de decisiones”¹²².

En este sentido la expectativa es lo que define el defecto. Un producto será defectuoso en la medida que no se halle a la altura de las expectativas del consumidor.

La propuesta a primera vista parece consistente y motivadora, no obstante presenta una serie de cuestiones no resueltas, que no son consideradas por su autora.

En primer lugar queda sin tratarse el tema de ¿dónde se engarza la teoría psicológica de la expectativa con la teoría jurídica de los derechos?; en otras palabras, ¿qué hace que un estado psicológico reconocido como expectativa se transforme en un interés jurídicamente tutelado que dé origen a un derecho subjetivo?

¹²² Idem, pág. 396.

En segundo lugar, aun en el marco de la propuesta salta a las claras que no todas las expectativas del consumidor deben ser tuteladas, de hecho se habla de expectativas legítimas. Pero no hay elementos para discriminar una expectativa racional de otra irracional, una legítima de otra ilegítima, es decir, ¿cuál es el límite que demarca expectativas jurídicamente relevantes de meros caprichos?

En tercer lugar, suponiendo que pudiese encontrarse una respuesta satisfactoria a las dos preguntas anteriores, queda por resolver la difícil situación de la objetivación de las expectativas para estandarizarlas como parámetros jurídicos. Una expectativa razonable para un hombre de campo seguramente no será igual que para un hombre de ciudad, un hombre maduro con experiencia que un adolescente, un hombre común con relación a un aborigen, etc. Si objetivamos y estandarizamos expectativas, la teoría propuesta pierde gran parte de su valor, pero si no lo hacemos obligaremos a los productores a segmentar sus productos estableciendo destinatarios exclusivos -y excluyentes- de éstos. En el primer supuesto estaríamos construyendo un estereotipo de expectativas promedio en vistas de un consumidor ordinario, entonces la teoría no sería de gran aporte porque pierde la riqueza de la diversidad a la cual promete ser sensible, pero en el segundo supuesto estaríamos generando un mercado de bienes excesivamente onerosos, y en consecuencia, ineficiente.

Por último, si lo que se pretende es proteger la expectativa, si lo que se busca es de algún modo sancionar la distancia que pueda existir entre expectativa del consumidor y rendimiento del producto, ésta no puede quedar circunscripta a los daños efectivamente producidos, no puede limitarse a reparar los menoscabos o lesiones que producen los bienes defectuosos, sino también debe abarcar aquellas expectativas o esperanzas insatisfechas por un producto que “prometía” una mejor *performance*. Salta a las claras que la definición de la defectuosidad de un producto no puede quedar a librada a algo tan amorfo y vaporoso como los *anhelos* del

consumidor y que deben existir pilares más sólidos sobre los cuales construir un sistema de responsabilidad por daños.

Finalmente, entendemos que estas mismas críticas son aplicables aun si se reduce el campo de acción de la teoría y se la circunscribe sólo a expectativas de seguridad, como pareciera esbozarse en ciertos pasajes de la obra.

De la “responsabilidad de la acción” a la “responsabilidad de la posición”

Podemos afirmar que es intrínsecamente buena la noción decimonónica según la cual se debe hacer cargo a un sujeto de las consecuencias de sus acciones voluntarias. Es moralmente defendible -según una visión kantiana- que las personas deban responder por las acciones voluntarias que llevan a cabo; pero en el complejo contexto de la sociedad actual no resulta suficiente tal formulación, también las personas deben hacerse cargo de las consecuencias de las relaciones que establecen.

En las sociedades modernas, caracterizadas por la complejidad y el dinamismo, establecer relaciones intersubjetivas, activa un sistema de derechos y responsabilidades entre los sujetos relacionados, que pone en funcionamiento el Derecho de responsabilidad civil frente a la ocasión de pérdidas/ganancias injustas por parte de algunos de los involucrados. Ya no nos encontramos bajo el paradigma de los daños individuales, donde era común recortar la realidad para identificar a un dañado y a un dañador en torno de una obligación de indemnizar, se reconoce que gran parte de los accidentes (y muy especialmente los ocasionados a consumidores) tienen una raíz colectiva que surgen de la vida en común en entornos complejos.

La sociedad puede eliminar las causas de esos accidentes, pero no lo hace porque considera más valioso aprovechar las actividades que les dan origen. En este sentido, los accidentes dejan de ser considerados hechos eventuales (ocasio-

nales e imprevistos) para ser entendidos como fenómenos más o menos previsibles, y hasta sujetos a cierta regularidad estadísticamente determinable.

Lo señalado constituye el fundamento central que justificaría una protección jurídica especial para el consumidor demostrando que "... resulta posible y debido desarrollar una teoría de la responsabilidad por daños enraizada en las nociones de persona y justicia, con alcance cabalmente humanista"¹²³; vale decir, un sistema de adjudicación de responsabilidades que tenga en cuenta a cada hombre como un fin en sí mismo y no como un simple medio.

Recordemos que todavía es un debate abierto en el campo jurídico lo referido a la función del sistema de responsabilidad civil. Esto nos lleva a un tema de la mayor importancia teórica y práctica, referida a los fines y funciones del Derecho de Daños.

Cuando hablamos de fines o finalidad hacemos alusión al propósito, objeto o motivo con que se ejecuta algo, en este caso el Derecho de Daños. Cuando hablamos de funciones, ponemos la mirada en las tareas que le corresponde realizar a una institución jurídica determinada. Aquellas deben estar orientadas al logro de los fines de ésta.

Siempre que nos refiramos a una y otra situación corresponde definir claramente las dimensiones de análisis para evitar equívocos entre los aspectos prescriptivos y descriptivos, que al solaparse suelen generar importantes desacuerdos, que en rigor de verdad no pasan de ser disputas semánticas. Claramente, una cosa es explicar cuáles son los fines y funciones que efectivamente cumple el Derecho de Daños y otra muy diferente es manifestar cuáles consideramos debieran ser los fines y funciones que tendría que cumplir este ámbito del Derecho Privado Patrimonial.

¹²³ Miguel CIURO CALDANI, "La responsabilidad por daños desde la filosofía del derecho", en Félix TRIGO REPRESAS y Rubén STIGLITZ (directores), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 332.

No obstante lo expuesto, consideramos que ambas visiones deben complementarse, pero sin caer en el error de yuxtaponer diferentes dimensiones analíticas. En ese sentido hay que entender que también se hallan entremezcladas consideraciones de índole moral, económica, social, política, ideológica, etc.

En lo que se refiere a fines, el Derecho de Daños debe tener en miras la realización de la justicia como primer objetivo, al cual pueden agregarse otros de segundo orden con la única condición de que no colisionen con el primero por hallarse *lexicográficamente* subordinados, por ejemplo la eficiencia. Obviamente, esta es una posición ideológica; como tendremos oportunidad de ver más adelante, en una importante corriente de pensamiento que se desarrolla en el marco del Análisis Económico del Derecho se parte de una base totalmente inversa.

En lo referido a las funciones del Derecho de Daños se han señalado como tales¹²⁴:

1. **Punición:** consiste en la intención de propinar un castigo al culpable de la ocasión de un daño. Podemos afirmar que la primera función que cumplió el Derecho de Daños fue punitiva, especialmente en el campo extracontractual. En estadios evolutivos posteriores se distinguieron claramente conceptos tales como castigar, reparar, prevenir, etc., y se constituyó toda una rama del Derecho que se ocuparía de los castigos (penas), al punto que su nombre mismo deja traslucir esa circunstancia. No obstante ello, la impronta punitiva aún persiste en muchos supuestos básicos subyacentes del

¹²⁴ Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (traducción de Joaquim Bisbal), Barcelona, Ariel, 1984, pág. 11; Luis DIEZ-PICASSO Y PONCE DE LEÓN, ob. cit., págs. 41-64; Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, "Función actual de la responsabilidad civil", en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 37; Ricardo LORENZETTI, ob. cit., "El sistema...", L.L. 1993-D-1140.

Derecho de Daños y por ese motivo resulta muy difícil salir de la culpa y buscamos permanente “artilugios” que nos permitan aplicar criterios objetivos pero sin desviarnos en demasía por fuera de su cauce. Quizás el último resabio fuerte de esta concepción se halle en los daños punitivos, cuyo epicentro son los países del *common law*.

2. Reparación - Compensación: consiste en reconocer una pretensión indemnizatoria a la víctima de un daño, haciéndole acreedor de una prestación equivalente al daño sufrido.
3. Prevención: radica en el propósito de evitar la causación de daños o al menos disminuir el grado de su incidencia (gravedad). Se expresa que los denominados daños punitivos, aunque considerados en sí mismos constituyen castigos, tienden a lograr la prevención generando incentivos para abstenerse de realizar determinadas acciones potencialmente dañosas.
4. Garantía: reside en la búsqueda de asegurar los derechos individuales, a tal fin el Derecho consagra un sistema de protecciones en resguardo del individuo contra las acciones dañosas de otros.
5. Eficiencia: se fundamenta en la reducción de los costos de los accidentes. Como veremos más adelante, el costo de los accidentes no sólo se refiere a los daños primarios que éstos causan (lucro cesante, daño emergente, daño moral, etc.) sino también los procedimientos de distribución de los mismos, y los costos de administración del sistema de responsabilidad.

La función punitiva estuvo presente en los orígenes de lo que reconocemos como Derecho de Daños o responsabilidad civil, pero hoy es sólo un antecedente histórico, siendo totalmente ajena a este espacio jurídico cualquier referencia al castigo o la pena. Toda la evolución del Derecho continental en este ámbito fue en el sentido de buscar una separación clara entre punición y reparación, dejando lo sancionatorio para el Derecho Penal o Administrativo sancionador. Por eso

es comprensible que en el *common law* exista una institución como los daños punitivos, porque recepta de modo directo la tradición romana a través de Lex Aquilia, sin la evolución de la doctrina iusnaturalista europea de los siglos XVIII y XIX, de la cual somos tributarios¹²⁵.

La cuestión de los daños punitivos es compleja. Si bien tiene una innegable carga sancionadora y es totalmente ajeno a nuestra tradición jurídica¹²⁶ corresponde hacer alguna breve disquisición. Por un lado, está en el centro del debate en los propios países anglosajones y de hecho tiene un campo de aplicación circunscrito a unas pocas categorías de daños (entre ellos en lo que se refiere a daños al consumidor, cuando el autor del ilícito actúa evaluando que económicamente es más conveniente indemnizar que eliminar la causa del daño). Pero, por otra parte, no debe dejar de mencionarse que ha cobrado nuevos impulsos a partir de su valor como herramienta disuasoria, estando asociado a la nueva función preventiva que se le asigna al Derecho de Daños.

La opinión tradicional asigna una función reparadora o compensadora al Derecho de Daños, en el sentido de que debe procurar que las víctimas obtengan una compensación por los daños sufridos, dejando de lado otras funciones; en ese sentido expresan que “las consideraciones macroeconómicas y las

¹²⁵ Luis DIEZ-PICASO Y PONCE DE LEÓN, ob. cit., pág. 44.

¹²⁶ En el *civil law*, un juez puede condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria del daño causado, pero usualmente, no puede imponerle sanciones. Por ello se afirma que los *daños punitivos* son ajenos a la cultura jurídica europea continental, cuando no contrarios a ésta, desde el momento que suponen una pena privada de contenido económico que se impone, en un proceso civil al causante de un daño por su actuar doloso o gravemente negligente, y se establece por un importe varias veces superior al de la indemnización puramente compensatoria.

A pesar de no ser una institución propia de la familia jurídica continental, han existido importantes intentos de introducirlo en nuestro Derecho positivo, uno de los cuales resultó exitoso y toca de cerca al objeto de esta investigación, nos referimos a los daños punitivos incorporados por la ley 26.361 como art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240).

finalidades no resarcitorias deben ser consideradas marginalmente o secundariamente por el derecho de daños”, y para agregarle contundencia al razonamiento agregan que “hay que llamar a las cosas por su nombre: responsabilidad civil no es seguridad social, ni es conmiseración con el daño, ni es beneficencia con dinero ajeno”¹²⁷.

Otros consideran que el sistema de responsabilidad civil, además, debe cumplir una función preventiva, de tal modo que debe generar incentivos para que los potenciales causantes minimicen los daños sociales. Para autores como Andorno, la precaución es un principio del Derecho de Daños, tan importante como la reparación¹²⁸.

Finalmente se encuentran quienes afirman que la responsabilidad civil también debe contribuir a hacer posible una idea de moral social determinada: la de no dejar a los dañadores impunes, buscando básicamente castigar sus conductas antijurídicas.

Claro está que las funciones *adicionales* del Derecho de Daños no son bien vistas por todos los juristas, en este sentido expresa Pantaleón¹²⁹ que a su juicio la *crisis* de la responsabilidad civil extracontractual es una resultante de intentar transformar a una institución elemental del Derecho Civil, que tiene una modesta finalidad de justicia conmutativa circunscripta a dañadores y dañados, en un instrumento polivalente de ingeniería social con fines reparadores, preventivos y redistributivos.

Resulta ocioso señalar que según cuál o cuáles funciones consideremos que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil, tendrá importantes influencias en los factores de atribución de responsabilidad que consideremos justos aplicar.

¹²⁷ Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 121.

¹²⁸ Luis ANDORNO, “El principio de la precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, L.L. 2002-D-1326.

¹²⁹ Citado por Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 120.

Es indudable que la función compensadora o reparadora es central para comprender el Derecho de Daños moderno, pero básicamente porque las reglas de responsabilidad civil son enunciados hipotéticos que vinculan un supuesto de hecho como es la causación de un daño con una consecuencia de normativa, como es la obligación de reparar o indemnizar; es decir, la compensación del daño. A esta regla básica se le pueden agregar otros aditamentos pero no podríamos decir que estamos frente a una norma de responsabilidad civil sin un enunciado normativo que relacione la causación de daños en tales o cuales circunstancias seguida de la imposición del deber de compensarlos. “Sin embargo, la compensación no puede ser la función básica del derecho de la responsabilidad civil. Si lo fuera, el derecho de daños no subsistiría: hay otros remedios que compensan daños de mucha mejor manera, más temprana y eficientemente. El seguro, en particular, es una forma mucho más económica de compensar daños, de gestionar organizadamente riesgos y de distribuir los costes de los accidentes que el ejercicio judicial de pretensiones indemnizatorias”¹³⁰.

Estamos convencidos de que, al menos en lo que respecta a los daños al consumidor, debemos ir más allá de la mera reparación, buscando básicamente la prevención del daño; es decir, evitar que el consumidor sea dañado, y no conformarnos con que sólo se intente compensarlo adecuadamente en caso de ser dañado¹³¹. Haciendo un juego de palabras, podríamos afirmar que la única *compensación perfecta* es aquella que proviene del accidente que nunca ocurrió.

¹³⁰ Pablo SALVADOR CODERCH Y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes” en InDret 1/2005, Working Paper N° 275. Barcelona, febrero de 2005, pág. 19.

¹³¹ De otro modo deberíamos suscribir la adopción de un sistema de seguro social como el existente en Nueva Zelanda para los accidentes automovilísticos, pero creemos que no es así como mejor se evita que el consumidor sea dañado. Remitimos a nuestras consideraciones críticas a este sistema, que se hallan en el Capítulo 4.

Creemos que sólo a través de la prevención del daño se estará logrando considerar al consumidor como un ser humano digno de suficiente consideración y respeto, de modo que no sea simplemente un medio para la maximización de los beneficios de otras personas. Consideramos que es justo que así sea porque no sería admisible que ocurran daños que pudieron ser prevenidos a un costo razonable, aunque tampoco es justo que toda la sociedad se perjudique evitando todas las actividades o productos potencialmente dañosos, con el objetivo de evitar todos los accidentes. En cierto modo, también se trata de lograr difíciles puntos de equilibrio entre utilidad y debido respeto al ser humano.

Es real que vivimos en una sociedad inmersa en riesgos y que muchos de ellos no pueden evitarse so pena de perder un cúmulo de beneficios que nos brinda la *sociedad de consumo*; por eso es necesario buscar los equilibrios necesarios entre utilidad y respeto a la integridad del ser humano. “Algunos riesgos pueden evitarse, otros sólo pueden reducirse y unos cuantos deben soportarse pues acompañan a actividades que consideramos indispensables. No es fácil, sin embargo, caracterizar la noción de riesgo. Si la desgracia es inevitable y nada se pudo hacer para evitarla, el daño será un infortunio por el que nadie debe responder. Si, por el contrario, el daño se percibe socialmente como fruto de acciones u omisiones humanas, la víctima o sus descendientes reclamarán una reparación. La cuestión no es tanto si los peligros de nuestra era científico-tecnológica son mayores o menores que los del pasado, sino que hoy los peligros son habitualmente imputados a acciones y decisiones humanas y, por tanto, se les otorga la forma de riesgos por los que alguien debe responder”¹³².

En ese sentido, es importante destacar la relevancia que tiene el factor de atribución de responsabilidad en la prevención de los daños.

¹³² Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, ob. cit., pág. 8.

La proyección de la compensación completa de un daño genera incentivos hacia la prevención óptima. En este orden de ideas, si un sujeto que puede causar un daño sabe que siempre habrá de compensarlo de manera integral y completa, y que, por lo tanto, deberá internalizar los costos generados por el daño mismo y además hacer frente a los costos de la gestión del reclamo, lo racional es que actúe en consecuencia y se conduzca con la debida precaución.

Un sistema de responsabilidad basado en la culpa, genera en el ámbito de la responsabilidad por daños al consumidor, fuertes incentivos hacia la *infraprevención* porque es muy sencillo diluir o difuminar la culpa en la cadena de producción-distribución-comercialización. “La función de prevención se realiza, en derecho de responsabilidad civil, con el único y exclusivo instrumento de la compensación de daños: prevención óptima exige que todos los daños sean efectiva e íntegramente compensados en todos los casos en que tienen lugar, algo que, en la práctica, nunca se consigue del todo. Basta con que algún caso no dé lugar a reclamación, o que ésta no tenga éxito o que la condena no abarque todos los daños causados para que haya infraprevención”¹³³. Es muy claro que sólo la imputación objetiva asegura una base sólida para alcanzar el mentado nivel óptimo de prevención.

Una digresión: la justicia igualitaria

Conexa a esta discusión se halla otra referida a que en materia de responsabilidad extracontractual cohabitan diferentes sistemas fundados en diversos paradigmas, el comunitarista -que denominaremos social en lo sucesivo por ser un termino más familiar- y el individualista, donde no está ausente el -menospreciado- componente ideológico. No se trata de una cuestión menor hacer opción por alguno de

¹³³ Idem, pág. 20.

ellos, porque estos paradigmas informan “hacia abajo” todo el sistema¹³⁴.

El paradigma individualista se desentiende mayormente del entorno social, se centra en cada individuo, considera que cada cual es el mejor juez de sus preferencias e intereses; así, cada sujeto debe extremar los recaudos para cuidar de sí mismo a la vez que procura maximizar sus beneficios. Afirma que si todos obráramos de este modo, al final la sociedad sería -agregativamente- más segura, existirían menos daños; en una palabra en este contexto funcionaría plenamente la *mano invisible* de la que hablaba Adam Smith.

El individualista pone el énfasis en la ausencia de responsabilidad; parte desde esta posición porque considera atentatorio del individuo dar comienzo al análisis desde otro enfoque que reconozca alguna clase de responsabilidad *ab initio* de este sujeto. Entonces, el que alegue lo contrario deberá probarlo, así en principio la víctima debe cargar con la responsabilidad. La responsabilidad por culpa es mayormente de corte individualista. Como vimos, hay una tendencia de las visiones económicas hacia el individualismo.

El segundo paradigma es el solidarista, se caracteriza por agregar importancia a la responsabilidad de las personas particulares para con su entorno. El solidarista pone el énfasis en que una persona deba hacerse cargo de las consecuencias dañosas que pueda provocar su propia *existencia* en la sociedad (no sólo sus acciones culpables) dada la ineludible interferencia intersubjetiva que se da en su seno. La responsabilidad objetiva es mayormente solidarista, y afirmamos mayormente porque algunas corrientes del AED postulan esta responsabilidad en determinados casos pero por razones ajenas a las comunitaristas.

Claro está, ambas visiones suponen puntos de vistas radicalmente diferentes.

¹³⁴ Jack BALKIN, “La retórica de la responsabilidad”, en Carlos ROSENKRANTZ (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 123-146.

Otra cuestión interesante y que profundiza este planteo es si vamos a adherir a un individualismo o solidarismo, de reglas o de casos. Si optamos por ser partidarios de reglas debemos asumir que existirán casos donde el resultado sea contrario al esperado, por ejemplo Bill Gates comprando una PC en una tienda, es un consumidor *tipo*, merecedor de la misma protección que todos los consumidores, pero que no es un débil jurídico en ningún sentido del término. Adoptar reglas nos conducen a aceptar incluso a los casos invalidantes de la misma.

Si por el contrario somos partidarios de casos, de manera consecuente, debemos estar dispuestos a renunciar a las generalizaciones, para caer en un casuismo radical y realizar una evaluación de los actos individualmente considerados. Pero ante todo esta es una alternativa de “laboratorio”, más virtual que real, porque la cooperación social que pretende el Derecho requiere del seguimiento de reglas. Ergo, en la ciencia jurídica no existen reglas absolutas e inexorables, por lo cual siempre existirán casos que las contraríen.

Como hemos visto, existe más de un modo de caracterizar los hechos o ver las cosas; en caso de adoptar -explícitamente- nuestras propias decisiones metodológicas quedamos a la deriva, librados a la inconsistencia de nuestros prejuicios. No existe Derecho de Daños posible por fuera de esta distinción, dado que términos como “responsabilidad (civil)” o “daño (jurídicamente relevante)” no pueden ser entendidos, ni usados por fuera de de estos contextos. Esta distinción es sumamente importante dado que, por un lado, no creemos que todo el mundo deba ser responsable en todo momento por todo, y en el otro extremo tampoco estamos dispuestos a afirmar que nadie deba ser responsable por nada; los estándares de conductas que tipifiquemos dependerán de nuestras decisiones metodológicas al respecto.

Estas determinaciones a las que hacemos referencia, pretenden en última instancia la identificación de aquellos valores fundamentales o verdaderamente importantes para cada quien. Entender como discutimos, es entender como pensa-

mos y en consecuencia comprender como nos representamos el mundo¹³⁵.

Por lo expuesto puede considerarse que sólo el solidarismo de reglas sería aquella postura que le asigna a cada sujeto la misma consideración y respeto que se merecen, transformándose así en una herramienta de justicia igualitaria.

Justicia correctora o correctiva

Otra línea argumental se sustenta en consideraciones de justicia correctora o correctiva.

Consideramos que el principio moral subyacente en el Derecho de responsabilidad civil es un principio de justicia correctora. En esto coincidimos con Ciuro Caldani, cuando afirma que “la responsabilidad se caracteriza por el juego de la justicia ‘correctora’ en lugar de la justicia ‘rectora’, significa que se ha de corregir una situación que se presenta como ‘disvaliosa’...”¹³⁶.

La responsabilidad civil no debe buscar el castigo; vale decir, la penalización de la acción incorrecta, eso es campo de otra rama del Derecho; por el contrario, debe centrar su atención en procurar la rectificación de un estado de cosas, que *ex post* de un hecho determinado, generó una pérdida injusta para alguien.

La noción de responsabilidad tiene dos sentidos, uno estricto o negativo como deber de responder por algo indebido, y otro reflejo o positivo cuando se tiene responsabilidad de hacer que suceda lo debido ¹³⁷.

¹³⁵ Idem, pág. 145.

¹³⁶ Miguel CIURO CALDANI, ob. cit., pág. 325.

¹³⁷ Idem, pág. 318.

Dos cuestiones centrales tienen que ver con el fundamento del deber de reparar la pérdida injusta que alguien ha sufrido: a quién se lo asignamos y en virtud de qué consideraciones. Claro está que la acción incorrecta de un sujeto es lo que hace que la pérdida de otro sujeto pueda ser considerada injusta, de otro modo existirá objetivamente una pérdida, pero ésta no será injusta (pensemos en un daño con causa de justificación).

Aquí tratamos incidentalmente el daño injusto, pero merece destacarse que también ese es un tema *volcánico*. A manera de ilustración consideramos interesante transcribir algunas consideraciones del destacado jurista Miguel De Lorenzo, quien se ha ocupado pormenorizadamente de este tema. Expresa el autor que la “visión del daño *contra ius*, (...) ha sido el *nudo fatal* que durante años fusionó al ilícito, constituido anatómicamente como *reflejo* de la antijuridicidad, con la responsabilidad civil concebida como sistema *sancionatorio*. La crisis de una -evidentemente- no podía dejar de arrastrar al otro.

Es que el daño *contra ius* ofrece flaquezas insalvables a la hora de cubrir el hemisferio del moderno derecho de daños. Ante una realidad en continuo devenir, impide la protección de *nuevos intereses emergentes* que aún no cuentan con una propia dimensión jurídica.

Por este motivo, la doctrina patrocinó un *revirement* sustancial en la construcción del daño resarcible: desprendiéndose definitivamente del presupuesto de la antijuridicidad, sostuvo que el daño reparable no es aquél producido ilícitamente al violarse un derecho subjetivo de la víctima sino, más bien, la lesión *sine iure* de un derecho, o de un interés *merecedor* de protección.

De esta forma, el problema de la identificación y la jerarquización de intereses resarcibles adquiere una nueva perspectiva y dimensión. Al *escindirse* la responsabilidad aquiliana de la lesión de un derecho subjetivo o de un interés directamente protegido por una norma jurídica del ordenamiento, la antijuridicidad queda significativamente margina-

da del fenómeno resarcitorio; en su lugar, el análisis consiste en verificar si el ordenamiento tutela el interés del lesionado hasta el punto de *justificar* el menoscabo del interés del otro. El principio general del *daño injusto* queda replanteado en estos términos: toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado”¹³⁸.

Luego, como objetivo de segundo orden, está el rol de prevención del Derecho de Daños, que en el caso del consumo cobra una particular relevancia, como veremos más adelante.

En líneas generales es una razón necesaria y suficiente la existencia de una pérdida injusta por parte de la víctima o enriquecimiento injusto por parte de otro. En principio, en materia de responsabilidad por productos se verifican ambos extremos, por un lado el consumidor que padece una pérdida injusta en la relación de consumo y por otro, el empresario que percibe una ganancia también injusta por la comercialización de un producto dañoso. Pero la cuestión dista de ser tan sencilla, como veremos a continuación.

En el artículo “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”¹³⁹, Jules Coleman defiende una concepción original de justicia correctora o correctiva, que abarca todas las instancias en las que alguien se empobrece injustamente como consecuencia de la acción de otro. Así, a través de lo que denomina “concepción anuladora”, la justicia correctiva demanda la anulación de todas las ventajas y consecuentes pérdidas, obtenidas y sufridas respectivamente de manera injusta. Entonces, a efectos de restablecer el equilibrio, producida una pérdida injusta el Derecho de responsabilidad extracon-

¹³⁸ Miguel Federico DE LORENZO, ob. cit.

¹³⁹ Jules COLEMAN, “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, en Carlos ROSENKRANTZ (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 57-70.

tractual tiende a eliminarlo para quien lo sufrió. Pero esto no nos dice nada acerca de quién debe cargar con la reparación y para ser una teoría defendible debiera hacerlo.

En razón de ello, este mismo autor abandona su posición original en otro trabajo denominado “la concepción mixta de la justicia correctiva”¹⁴⁰. Allí expone que la “concepción anuladora” no correlaciona adecuadamente a dañador con víctima, a quien sufre la pérdida con quien la ocasionó, de modo que alguien distinto a quien causó el daño puede tener que compensar y alguien distinto a quien lo sufrió puede recibir la compensación. En la “concepción mixta”, Coleman sostiene que debe existir una conexión entre quien daña y quien es dañado, de tal manera que sólo el que daña deba compensar a quien ha sido dañado.

En la “concepción anuladora” se ocupa centralmente de neutralizar pérdidas y ganancias injustas. Así, quien sufre un daño tiene derecho a ser compensado, y quien lo causa tiene que pagar por lo que ha hecho, pero no existe correspondencia necesaria entre compensación y pago.

En la “concepción mixta” se intenta complementar a la “concepción anuladora” con una “concepción relacional” o “retributiva”, por lo cual se busca vincular en la compensación al dañador con la víctima, pero básicamente porque lo que se busca anular no es la pérdida o el daño, sino la acción incorrecta que lo causó. Desde este punto de vista, lo único que puede anular la acción incorrecta es imponer a quien la realizó, la obligación de compensar. Si compensara un tercero, existiría anulación del daño o la pérdida, pero no de la acción incorrecta.

Según Rosenkrantz¹⁴¹, esta teoría presenta un problema insuperable, dado que es una teoría de la responsabilidad civil que torna irrelevante la existencia del daño, lo cual cons-

¹⁴⁰ Idem, págs. 71-84.

¹⁴¹ Carlos ROSENKRANTZ (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 14.

tituye un contrasentido. Efectivamente, existen acciones incorrectas que no son dañosas, pero por aplicación de la “concepción mixta” deberían generar obligaciones en justicia correctiva. Para neutralizar esta crítica, Coleman expresa que lo que debe anularse no son las acciones incorrectas en sí mismas, sino las consecuencias injustas de éstas; por ello, su “concepción mixta” es, como adelantamos, una conjunción de la “concepción anuladora” con la “concepción relacional”.

A esto Rosenkrantz responde que las ideas de Coleman son sofisticadas y muy avanzadas porque “la idea de que la justicia correctiva debe correlacionar adecuadamente a la víctima con el victimario debe ser aceptada sin dilación. Si la justicia correctiva no efectuara esa correlación, es decir, si la justicia correctiva impusiese el deber de compensar sin importar a quién y por el mero hecho del acaecimiento del daño, no se trataría de un sistema normativo diferente al de la justicia distributiva para la cual lo relevante no es el hecho de que alguien haya causado un daño sino, simplemente, de que alguien haya sido dañado”¹⁴², pero no obstante ello, encuentra que no puede superar una crítica devastadora, que existen acciones que no son incorrectas pero de todos modos generan daño y en consecuencia un deber de reparar, por lo que la justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual deberían desligarse de la incorrección de la acción para poder comprender esos casos, porque “la incorrección de la acción es un elemento innecesario y meramente contingente de una teoría de la responsabilidad. La dañosidad, producto causal de una acción -incorrecta o no- es el único contenido insoslayable de toda concepción de justicia correctiva”¹⁴³.

Constituye un motivo constante de preocupación determinar si el Derecho de la responsabilidad extracontractual debe ser tributario de la justicia correctiva o debe regirse por reglas propias, y en aquel caso si la justicia correctiva

¹⁴² Idem, págs. 14-15.

¹⁴³ Ibidem, pág. 18.

debe ser la única guía o debe ser complementada por otras reglas.

Podemos afirmar que existen dos posiciones paradigmáticas alrededor de este tema. Algunos autores, como Coleman, piensan que la justicia correctiva no es el único *señor* a quien debe tributo la responsabilidad extracontractual y que existen otros objetivos del Estado que deben considerarse legítimamente. Pero es dable sostener una posición contraria, y así considerar que la justicia correctiva es soberana y agota el campo de la responsabilidad extracontractual, al punto que la única razón que justificaría la obligación de compensar sería la que derive de una concepción de justicia correctiva. Para Rosenkrantz, ninguna de las posturas está en lo cierto, porque la justicia correctiva puede y debe regular de modo soberano ciertos ámbitos de la responsabilidad extracontractual, pero hay otros problemas en los cuales no tiene ninguna aplicación, en consecuencia, ni es soberana en todo el campo de la responsabilidad extracontractual, ni tampoco es una consideración moral más que compita igualitariamente con el resto. La justicia correctiva debe regular soberanamente todos los daños causados por acciones individuales o colectivas, en cambio no tendría injerencia cuando los daños son un producto de la agencia de un grupo de personas, entre las cuales se encuentra la propia víctima, mediante acciones que no pueden ser distinguidas entre sí¹⁴⁴.

Veamos con mayor detenimiento esta distinción entre causación individual y causación social, dado que constituye el meollo del sofisticado planteo de Rosenkrantz.

Muchos autores consideran que el mero hecho de causar un daño a otro es una razón suficiente para tener que compensarlo, independientemente de consideraciones a cerca de la reprochabilidad de la acción dañosa o de la manera de maximizar la eficiencia. En cambio otros autores afirman que la causación (es decir, el juicio causal) no es independiente

¹⁴⁴ Ibidem, págs. 18-20.

de la reprochabilidad de la acción, de modo que sólo un juicio de reprochabilidad nos permite asignar a una determinada acción la calidad de “causa” de un daño, distinguiéndola de otras muchas acciones concomitantes sin las cuales el daño tampoco se hubiera producido. En sentido similar pero con una orientación distinta, Calabresi sostiene que el juicio de causalidad no puede escindirse del concepto de eficiencia, de modo que en función que el Derecho de responsabilidad extracontractual tiene por objetivo al dispersión de los costos de los daños, entonces quienes pudieron prever la realización de dichas acciones son quienes deben ser considerados los causantes del daño. Pero si estas últimas consideraciones fueran correctas, el deber de compensar no nacería de haber causado un daño sino de haber realizado una acción reprochable o ineficiente.

Según Rosenkrantz estos autores están equivocados; en primer lugar, los juicios causales no pueden depender de consideraciones de reproche porque éstos suponen juicios de autoría, y éstos a su vez presuponen determinaciones causales por lo que se estaría ingresando en un círculo vicioso. En segundo lugar, los juicios causales no pueden depender de evaluaciones de eficiencia, por el simple hecho de que existe una desconexión evidente entre causar un daño y poder evitarlo de la manera más económica¹⁴⁵.

Entonces, queda pendiente de resolución cuáles son los criterios que debemos seguir para distinguir de las muchas *condiciones sine qua non* de un daño, aquella que constituye su causa. En este sentido la previsibilidad no resulta un buen criterio, el hecho de que un sujeto pueda prever un accidente no basta para considerarlo causante de éste. Tampoco la idea de tener el control, en el sentido de poder evitar el accidente, puede ser determinante, dado que en muchas ocasiones es posible prever y hasta evitar un daño pero no necesariamente ser el causante de éste.

¹⁴⁵ Ibidem, pág. 22.

Vale precisar que el hecho que previsibilidad y evitabilidad no sean determinantes, tampoco los torna circunstancias irrelevantes. Para Rosenkrantz¹⁴⁶, estas circunstancias deben ser complementadas por un elemento fáctico: las expectativas de comportamiento del sujeto; es decir, lo que la sociedad espera que sea el comportamiento del individuo. Para este autor la causalidad es una combinación de previsibilidad, control y expectativas sociales, que funciona bien para casos paradigmáticos pero no tiene aplicación directa en los casos que no lo son. Por eso esta concepción no puede concebirse como una relación de invariabilidad incondicional entre eventos, según la concepción de Mill¹⁴⁷; de modo que si se da un evento determinado (causa) se debe dar el otro (resultado). La razón es simple, si concibiéramos la relación causal de esta manera necesitaríamos identificar todos los eventos singulares iniciales que dan origen al resultado, pero de ese modo los juicios causales carecerían de poder explicativo, ya que la única información que transmitirían es la que ya conocemos; esto es, una relación entre todos los eventos iniciales y el resultado en cuestión. Un juicio causal con poder explicativo debe implicar una generalización (es decir, un caso paradigmático, definido por propiedades generales), que luego permita establecer una relación con el caso particular en cuestión.

Siguiendo con el razonamiento de Rosenkrantz, es importante distinguir que hay muchas maneras distintas de causar daños. Un modo de clasificar las causaciones la toma de Schunk. Según este autor, existen dos maneras básicas de causar daños. Una forma tradicional, que se caracteriza por ser inmediata y ostensible; y otra remota, difusa y multifacética, determinada por el funcionamiento de grandes instituciones sociales como el gobierno y por prácticas sociales de gran extensión como las complejas relaciones de la economía

¹⁴⁶ Ibidem, pág. 24.

¹⁴⁷ La concepción de Stuart Mill puede consultarse en Irving COPY, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, págs. 417-475.

moderna. No sólo existen diferentes causas, sino diversos modos de causar; pero los tribunales no son sensibles a esta distinción, por efecto de la ideología individualista que reina en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. No obstante considera que sólo a partir de aceptar la causación social podremos explicar determinadas soluciones en el caso de daños masivos y en algunos casos de daños personales.

Según Rosenkrantz, no resulta conveniente adoptar la distinción que propone Schunk. En primer lugar, no es del todo claro el criterio para determinar las propiedades definitorias de una causación social y otra individual, al punto que no resulta muy sencillo establecer si los daños causados por las acciones intencionales de varias personas son el producto de una causación social o individual. Por otra parte, esta distinción dicotómica no da cuenta de tres tipos de daños, los que resultan de las acciones de muchas personas que pueden identificarse como tales; los que devienen de las acciones de grupos de personas -entre las que se encuentra la víctima- mediante acciones que no podemos distinguir entre sí, y los que son consecuencia de la manera en que todas las instituciones sociales distribuyen los perjuicios de la cooperación social. En este sentido expresa el autor que “por estas y otras razones, creo que debemos aceptar que existen tres maneras de causar que deben definirse con los siguientes criterios: 1) la “distinguibilidad” de las acciones, 2) la contribución de la víctima al resultado, y 3) la contribución al resultado de las instituciones sociales consideradas como un todo.

De este modo, causamos individualmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con una o más acciones distinguibles e identificables de uno o más agentes. Causamos socialmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con un conjunto de acciones de uno o más agentes indistinguibles entre sí, entre las que se encuentra la acción de la víctima. Finalmente, causamos institucionalmente cuando el daño resulta del modo en que las instituciones sociales consideradas como un todo determinan la distribución de las cargas y beneficios sociales (La causación institucional es una forma residual de causación.

La idea es que todo aquello en lo que hemos intervenido -es decir, aquello que no podemos sostener que meramente sucede- y que no ha sido causado individualmente ni socialmente ha sido causado institucionalmente. Ello es así debido a que, en estos casos, el daño -o mejor dicho, el hecho de que el daño sea dejado en cabeza de quien lo sufre, en lugar de ser internalizado por otro- puede explicarse como el resultado del modo en que las instituciones sociales consideradas como un todo, determinan la distribución de las cargas y beneficios sociales)¹⁴⁸.

Siguiendo el razonamiento de este jurista, los daños que son producto de la causación social no pueden ser regulados por los principios de la justicia correctiva; sencillamente porque no es posible identificar quién los causó. Ello abre otro interrogante, y es el referido a cómo debemos adjudicar dichos daños, vale decir, a qué principio o conjunto de principios debemos recurrir para asignar sus consecuencias.

Una respuesta muy natural al problema sería afirmar que atento a que los daños sociales no caben en el marco de la justicia correctiva, entonces deberían ser adjudicados a la luz de los principios de la justicia distributiva, esto es, los principios que reglan la manera de distribuir los beneficios y los perjuicios de la cooperación social.

Podríamos afirmar que llegamos a esta solución por vía de descarte. Dado que no podemos hacer uso de la justicia correctiva por las razones antes expuestas; tampoco a principios de la justicia conmutativa, porque allí se regulan las consecuencias de los intercambios voluntarios y aquí estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y mucho menos a consideraciones de la justicia retributiva porque allí se regula la reacción del sistema jurídico (sanciones) a la realización de acciones reprochables.

Es claro que la responsabilidad por productos elaborados es un tipo de responsabilidad cuya explicación y justificación

¹⁴⁸ Carlos ROSENKRANTZ (compilador), ob. cit., pág.28.

difiere de los demás tipos de responsabilidad. Y ello precisamente, lleva a Rosenkrantz a sostener que en el ámbito de los daños sociales, la eficiencia (es decir, los postulados de las teorías económicas -AED-) puede tener un protagonismo que no debe tener en ningún otro ámbito de la responsabilidad civil; precisamente porque se trata de un tipo de daños donde es factible la posible intervención de la propia víctima. Para este autor, es comprensible llegar al AED por vía de la justicia distributiva. Si entendemos a ésta al modo de Rawls, es decir, como una virtud que regula la estructura básica de la sociedad, como un complejo de instituciones y no sólo una institución particular. Así, es posible pensar en el Derecho de responsabilidad extracontractual como una institución que se rija por principios diferentes a la justicia distributiva, pero en la medida que estos principios sean funcionales a esta justicia. Pero, ¿cuáles son estos principios idiosincrásicos que deberían regular la manera en que distribuimos o compensamos los daños sociales?

Responder a esta pregunta lleva a Rosenkrantz a adentrarse en las consideraciones económicas, a las cuales dedicaremos la siguiente parte de este trabajo.

No obstante la contundencia del planteo, estamos convencidos de que existe algo erróneo en esa concepción. Para ese autor, la existencia de daños sociales invalidaría la utilización de los criterios de justicia correctiva; podría, entonces, hacerse uso de criterios de justicia distributiva pero entendida a partir de una particular visión *rawlsiana*. En ese sentido se estarían aplicando principios de esta justicia, al seleccionar reglas de responsabilidad que sean funcionales a la justicia distributiva, aunque por sí mismas no sean sensibles al ideal distributivo, y aquí precisamente encuentra el resquicio para hacer uso de los postulados económicos.

La concepción de Rosenkrantz, a la postre, pretende la maximización de beneficios, si bien llega a dicha finalidad por vía derivada. Este autor, impedido de hacer justicia correctiva por las características del daño, pretende hacer justicia distributiva, pero de un modo particular; primero “*agrandando la torta*”. Consideramos que esa es la falla estructural de

su posición, porque “*agrandar la torta*” no debiera ocupar nuestra atención en este momento, dado que existen circunstancias en las cuales nuestra prioridad debe ser la minimización de los riesgos, antes que la maximización de los beneficios; razón por la cual debemos excluir determinadas cuestiones del cálculo del interés social. Al análisis de esta cuestión dedicaremos el Capítulo 7.

CAPÍTULO 6

TESIS ECONÓMICO-UTILITARISTA

PARTE I LOS ARGUMENTOS

Dentro de esta corriente debemos ubicar al Análisis Económico del Derecho. Estudiaremos con detalle qué sostiene esta escuela en la segunda parte de este capítulo; pero como vimos en la introducción, podemos enunciar que el AED es una corriente de pensamiento gestada y desarrollada en Escuelas de Derecho de Yale y Chicago, por Calabresi y Posner respectivamente, con base en un trabajo del reconocido economista (Premio Nobel en Economía), Ronald Coase en “El costo social”.

Creímos importante incluir una parte de esta obra destinada a estas tesis, porque las consideraciones económicas han dejado de ser fenómenos marginales en el mundo del Derecho para cobrar un importancia creciente. De hecho “en las últimas tres décadas, las relaciones entre el derecho y la economía se han ampliado desde lo que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no sólo a redefinir los fundamentos del estudio del derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Jesús Antonio BEJARANO, “El análisis económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos”, en Revista de Economía Institucional, N° 1, no-

Los siguientes argumentos se hallan comprendidos dentro de la tesis económico-utilitarista.

Productor como mejor identificador y controlador de riesgos

Según esta explicación, los productores se encuentran en mejor posición que los consumidores para descubrir y tomar las medidas necesarias para evitar o controlar los defectos que sus productos puedan contener, en especial si éstos son tecnológicamente complejos.

En este caso, la objeción viene dada por el hecho de que no siempre es el proveedor quien se encuentra en mejores condiciones para identificar y controlar los riesgos y que esto exigiría una verificación empírica, en cada caso.

Nótese que la imputación de responsabilidad no viene dada porque el productor introduce el riesgo, sino porque éste sería quien mejor (de manera más eficaz o más barata) puede evitarlo, en este supuesto estaríamos pasando de la tradicional teoría del riesgo a consideraciones de naturaleza económica.

Partamos de una base; desde un punto de vista económico no es racional que un sujeto invierta en prevención del daño más que el costo del daño mismo.

Básicamente se trata de la aplicación del principio del evitador más barato de costos o "*cheaper cost avoider*" en su denominación original en inglés. Este es un principio aplicable a supuestos de daños bilaterales, es decir cuando tanto dañador como víctima pueden tomar precauciones para evitar el accidente.

Según el "*cheaper cost avoider*", si tanto el agente causal del daño como el damnificado pueden evitar el accidente,

viembre 1999, pág. 155 (también puede accederse al documento en Internet en el siguiente sitio: <http://search.epnet.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&an=17738879&lang=e> - última visita 10/7/2006).

entonces se debe cargar con la responsabilidad a aquel sujeto que lo pudo haber evitado de forma más económica. Sabremos quién es el agente que podía evitar el daño de modo más barato, luego de aplicar una fórmula consistente en evaluar los costos del accidente, descontando la probabilidad de su ocurrencia, y contrastando esta cifra con los costos de las prevenciones.

La imputación objetiva como incentivo para la producción de bienes más seguros

Si el objetivo de un sistema de responsabilidad no es sólo reparador -es decir, que tenga por principal cometido compensar a las víctimas de los daños que han sufrido-, sino también preventivo, evitando que los daños se produzcan; entonces, éste sería un buen argumento.

Si el empresario es responsable de todos los daños que sus productos puedan ocasionar, se vería inclinado a elaborar bienes más seguros o bien a adoptar medios de producción más confiables porque de otra forma debería cargar con los costos de los accidentes.

Desde este punto de vista, los costos de los accidentes deberían ser contabilizados también como una suerte de costos de producción o fabricación, que deberían ser reducidos. Queda claro que bajo el régimen de la culpa este estímulo no existiría, porque no habría internalización de los costos de “*todos*” los daños.

En este sentido se orienta la Directiva del Consejo de Europa (85/374/CEE) relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuando en los considerandos expresa que “para proteger la integridad física y los bienes del consumidor, el carácter defectuoso del producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene de-

recho el gran público; que la seguridad se valora excluyendo cualquier uso abusivo del producto que no sea razonable en las circunstancias. En este sentido el art. 6º de esa Directiva indica que un producto defectuoso es aquel que "... no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación".

Este argumento busca operar a nivel de los incentivos, generando estímulos en los productores para que elaboren bienes más seguros, bajo la amenaza de hacerlos responsables de todos los daños que sus productos puedan ocasionar.

Los productores como mejores "distribuidores" del costo de los daños

El productor puede absorber los costos de los daños reduciendo su rentabilidad, o bien "descargar" esos costos, dispersándolos a través del precio del producto.

De eso modo, el precio del producto sería una resultante de los costos de producción, más la rentabilidad esperada y el precio de una prima de seguro.

Este argumento considera que los productores están en mejores condiciones para distribuir -es decir, dispersar- los costos de los daños; así, las indemnizaciones a las que deben hacer frente se solventarían con una leve alza de los precios del producto, diseminando los costos en la sociedad sin que tenga que ser cargado en su totalidad por un solo sujeto (por ejemplo la víctima o el dañador).

La responsabilidad objetiva es la forma más económica de administrar justicia

Los costos derivados de *aplicar* el Derecho no suelen ser tomados en consideración por los juristas, ya sea porque los

consideran imponderables, insalvables o por lo que fuere, difícilmente habremos de encontrar alguna propuesta jurídica sustentada en los bajos costos de su implementación. No hay dudas de que la tesis económica es innovadora a este respecto, y básicamente nos señala que las soluciones jurídicas no son gratuitas y no da igual una que otra en términos de costos.

En este sentido expresan que “los costes de administrar el sistema comprenden los pagos a abogados, el valor del tiempo empleado en litigar, la minoración del valor de las acciones de la sociedad como consecuencia del litigio o el gasto público para sostener el sistema judicial. Su valor total es función del número de casos que se plantean, de la forma en que se resuelven (acuerdo o pleito) y del coste de resolución de cada uno, incluido el gasto que los contendientes deciden destinar a la litis”¹⁵⁰.

Calabresi denomina *costos terciarios* a los costos de administración del sistema de responsabilidad.

Si bien un sistema de responsabilidad objetiva genera incentivos para incrementar las reclamaciones, esto se compensaría porque, por otro lado, el costo de resolución de cada caso suele ser muy inferior que en un sistema de responsabilidad basado en la culpa. No obstante, para poder afirmar con contundencia que el sistema de imputación objetiva reduce los costos de administración de justicia es necesario realizar una verificación empírica.

Para este razonamiento, técnicamente hablando, la imputación objetiva de responsabilidad reduce los costos de la administración de justicia, porque de otro modo habría que hacer uso de largos y complicados procesos judiciales para probar la culpa e indicar al culpable.

En definitiva, se trata de dos miradas diferentes sobre una misma realidad. Si enfocamos los casos individuales, evidentemente podríamos verificar menores costos de adminis-

¹⁵⁰ Santos PASTOR, “Derecho de daños”, en Horacio SPECTOR, *Elementos de análisis económico del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 72.

tración del sistema, pero si miramos el conjunto, la mayor litigiosidad derivada de un sistema más favorable a las reclamaciones de la víctima podría encarecer la administración del sistema total.

Va de suyo que en este argumento no se preguntan si es positivo o negativo que las víctimas reclamen, que puedan acceder de manera efectiva a una compensación por los daños sufridos; simplemente se preocupan en determinar si es más *barato* administrar un sistema de responsabilidad basado en la culpa o uno bajo parámetros objetivos.

CAPÍTULO 6

TESIS ECONÓMICO-UTILITARISTA

PARTE II CONTEXTO Y FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

¿Por qué es importante incluir un capítulo referido al análisis económico en el estudio de un tema eminentemente jurídico? Básicamente, porque las reglas de Derecho -al menos las del Derecho económico- producen efectos en la asignación y en la reasignación -distribución- de los recursos, vale decir, influyen en la determinación de quienes obtienen -o tienen derecho de obtener- cuáles bienes y de qué manera lo hacen.

El Derecho acciona sobre la estructura del sistema económico por vía de la afectación de los rendimientos, determinando el comportamiento de los agentes en el Mercado, y por lo tanto si el Derecho quiere seguir siendo un pilar básico del sistema social, como mecanismo de regulación de conductas, deben tener muy en claro esta circunstancia.

Las consideraciones realizadas más arriba se potencian en el Derecho de responsabilidad civil, y crece su importancia de manera exponencial cuando esta responsabilidad es aplicada a los actos de consumo.

El Derecho es un subsistema integrante del sistema social como lo son también la política, la moral y la economía.

Desconocer que los distintos subsistemas se interpenetran, es decir, se influyen y son influidos por los otros, es desconocer cómo operan las instituciones en una sociedad.

Cualquier persona, sin deformaciones profesionales, intuitivamente, podría dar cuenta de esto sin mayores inconvenientes.

En primer lugar, el Análisis Económico del Derecho es una manifestación particular de las complejas vinculaciones que existen entre el Derecho y la Economía.

En este sentido, podemos encontrar reflexiones económicas en torno a la ley en las obras de los precursores de la Ciencia Económica como Adam Smith, Jeremy Bentham y Karl Marx.

Owen Fiss explica que “... cualquier mercado que funciona bien necesita del derecho”, en ese sentido “por lo menos, el mercado requiere dos sistemas de derecho. El derecho inmobiliario es esencial para determinar quién es dueño de qué, una precondition para el comercio. También garantiza a los dueños de propiedad que ellos cosecharán el beneficio de cualquier inversión que vayan a hacer y así provee incentivos para invertir. El derecho de contratos es también indispensable para garantizar a todos los interesados que estén negociando entre sí, que sus promesas serán respetadas.

Estos dos sistemas de derecho -y otros, tales como el derecho de responsabilidad civil y de antimonopolios, que pueden ser necesitados para que el mercado funcione- obviamente no se hacen valer por sí mismos. El mercado también necesita una institución que pueda interpretar e implementar pertinentes *rules of law*: un poder judicial. Esta institución debe ser independiente de los contendientes interesados así como de las mayores fuerzas sociales y políticas”¹⁵¹.

¹⁵¹ Owen Fiss, ob. cit.

A los efectos de evitar equívocos valga aclarar que esta cita no debe llamarnos a error, porque Fiss no es un defensor del AED, sino todo lo contrario. Para mayor ilustración resulta conveniente continuar en este lugar la parte que ha sido suprimida del cuerpo principal por cuestiones de pertinencia. Fiss expresa que “Mientras que esta versión pareciera establecer un enlace entre el neoliberalismo y el derecho -y frecuentemente se usa para este propósito- ella fracasa porque instrumentaliza limitadamente el derecho.

Por otra parte, los juristas sabemos desde antaño que no podemos ser indiferentes a los fenómenos económicos. Manifestaciones de esto son: el Derecho Económico, el Derecho Patrimonial, el Derecho de la Competencia, el Derecho Tributario, incluso el Derecho Mercantil.

Podemos apreciar, mirando un poco hacia el pasado, las estrechas relaciones que se establecieron en el contexto de un Estado de Bienestar entre el Derecho Público y la Macroeconomía. Básicamente, en ese marco el Derecho era visto como un instrumento para incidir de algún modo sobre variables macroeconómicas y lograr objetivos socialmente valiosos, como por ejemplo, asegurar el pleno empleo.

Podemos apreciar que “las relaciones entre el derecho y la economía pueden plantearse como aproximaciones alternativas según se considere una conducta jurídica susceptible de explicarse desde un punto de vista económico, o según se considere una conducta económica para la cual las normas jurídicas sean sólo el ámbito o contexto donde la maximización del objetivo de aquella conducta se lleve a cabo.

No reconoce que el derecho es una institución autónoma que sirve a una rica colección de valores, un buen número de los cuales, tales como la libertad política, la conciencia individual y la igualdad substantiva, no están relacionados con la operación eficiente del mercado o del crecimiento económico. El derecho puede ser una precondition para el mercado, pero una vez que emerge toma vida propia como un campo autónomo de actividad humana que no sirve a ningún amo más que a la justicia. Algunas veces el derecho de contratos o el derecho inmobiliario favorece la operación del mercado; algunas veces no es así todo depende de las reglas particulares.

La tentativa de algunos eruditos, más notablemente de Richard Posner en su colosal libro *An Economic Analysis of Law*, de demostrar que todas y cada una de las reglas del derecho sirven en realidad al mercado y así reducen el derecho sólo a términos de eficiencia, ha sido un fracaso, un fracaso provocativo, pero aun así, un fracaso. El punto más importante es que aun cuando algún especial reglamento de contratos, propiedad o cualquiera otra parte del derecho promueva el eficiente funcionamiento del mercado, el derecho presta ese servicio no como su objetivo sino como una consecuencia incidental a la búsqueda de un fin mayor, la justicia”.

Lo primero induce al examen de los incentivos para el seguimiento y acatamiento de las conductas jurídicas, y lo segundo implica el examen de la ley como contexto limitante en el examen de las decisiones económicas. De modo más preciso, en el primer caso tendríamos como objeto de estudio una conducta calificada como jurídica, es decir, como realizada por un sujeto que actúa por razones derivadas de una norma; en la segunda se partiría del presupuesto de que el sujeto de la acción tuvo la pretensión de maximizar su utilidad, para posteriormente determinar el contexto específico en que tal maximización se llevó a cabo, contexto que puede tener un carácter jurídico¹⁵².

Pero aun así, para los juristas las relaciones entre Derecho y Economía, no son de interdisciplina; usualmente el Derecho toma al dato económico como el supuesto de hecho de la norma jurídica. En este sentido, “lo característico es un papel ciertamente pasivo de la Economía en este tipo de análisis, ya que se limita a integrar el concepto de ‘supuesto de hecho’ o *fattispecie*. (...) Desde este punto de vista, el Derecho permanece neutral frente a las asignaciones que opera el mercado, antes y después de que la norma iusprivatista lo regule. (...) El cambio actual es, justamente, la pérdida de neutralidad del Derecho Privado frente a la Economía”¹⁵³.

Santos Pastor nos indica que hay muchas maneras de enfocar el estudio del Derecho pero la más usual es el análisis jurídico-formal, es decir, una labor interpretativa sobre el sistema jurídico. En este caso “el análisis de la norma la define y fija su alcance y significado con arreglo al tenor literal, espíritu, concordancias, analogías, voluntad del legislador, posición en la estructura y jerarquía de fuentes, relación con los precedentes judiciales o legislativos, encaje en los princi-

¹⁵² Jesús Antonio BEJARANO, ob. cit.

¹⁵³ Ricardo LORENZETTI, “Análisis económico del Derecho: valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21. Derecho y Economía, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999, págs. 66 - 67.

pios generales del Derecho, contexto social, análisis de la estructura de la propia norma, etc.”¹⁵⁴.

En la actualidad resultan evidentes los límites de la dogmática tradicional para explicar y comprender el complejo fenómeno jurídico. Una muestra de ello es la imposibilidad de servir de guía para el legislador, el dogmático se ocupa sólo de un objeto dado, el Derecho Positivo. Así, sus esfuerzos se vuelcan a un estudio interno del sistemático jurídico, “por ello resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas [dogmáticos] como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia”¹⁵⁵.

Retomando a Santos Pastor, éste señala que el análisis jurídico-formal “[e]s un conocimiento autónomo que no requiere otro campo de aprendizaje”¹⁵⁶. Pero que “... si nos preguntamos por la justificación o explicación de la existencia de una norma o institución jurídica, existente o propuesta, y por sus efectos o consecuencias, de poca, si alguna, utilidad nos será el análisis jurídico formal. (...) y en ese sentido entiendo que el Derecho puede ser examinado mejor con los métodos y técnicas de las ciencias sociales”¹⁵⁷.

Básicamente de eso se trata el AED, de examinar el Derecho con otros métodos y técnicas que no corresponden al análisis jurídico-formal.

Indudablemente, cabe la pregunta de por qué sometemos aquí al Derecho a un análisis económico, y no sociológico¹⁵⁸, antropológico, o psicológico, por citar algunas disciplinas.

¹⁵⁴ Santos PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 28.

¹⁵⁵ Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, “El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación”, en rev. *Doxa* 15-16 (1994), pág. 931.

¹⁵⁶ Santos PASTOR, ob. cit. *Sistema...*, pág. 28.

¹⁵⁷ Idem, pág. 29.

¹⁵⁸ Puede verse una propuesta renovada de sociología jurídica en María José FARIÑAS DULCE, “Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho” en rev. *Doxa* N° 15-16 (1994), págs. 1013-1023.

Algunos autores afirman que esto es así por cuanto la ciencia económica es la ciencia social más avanzada. Incluso un jurista nacional de renombre, como Lorenzetti, asevera que sometemos al Derecho a un análisis económico porque es "... la ciencia económica (...) la que más rigurosamente había estudiado la conducta humana y extraído reglas que la hacían predecible..."¹⁵⁹.

Además, la economía cobra una importancia especial para nosotros porque no sólo nos aporta un conjunto de herramientas útiles y sofisticadas, sino que se ocupa de un objeto que no puede resultarnos extraño. Según la muy difundida definición de Robbins, la Economía es la "ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos"¹⁶⁰, es decir es una ciencia que se ocupa de las elecciones racionales de los seres humanos¹⁶¹.

Otro prestigioso economista, Hal Varian, afirma que "En los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el derecho como la economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento"¹⁶².

¹⁵⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, ob. cit., "Análisis económico...", pág. 62.

¹⁶⁰ Lionel ROBBINS, *An essay on the nature and significance of economic science*, London, Macmillan, 1932, pág. 16. Citado en Robert COOTER y Thomas ULEN, *Derecho y economía*, México, FCE, 1998, pág. 22

¹⁶¹ También puede decirse que la Economía se ocupa de un objeto de estudio considerado central en las sociedades occidentales y también las "occidentalizadas" (como las asiáticas), la riqueza.

En las sociedades actuales la riqueza es un objeto muy apreciado. Creemos que no constituye propiamente un valor -esto fue objeto de un interesante discusión académica entre Posner y Dworkin-, pero sin dudas es un *elemento* muy importante en la vida del hombre occidental. En este contexto, el AED

Ahora bien, el nuevo AED no subsume a cualquier intento de reivindicar el análisis económico del fenómeno jurídico; básicamente se caracteriza, en primer lugar, por establecer estrechas relaciones entre la microeconomía y el Derecho Privado; pero esto no es exhaustivo, por cuanto existen importantes manifestaciones del análisis económico referido a otros campos del Derecho como el referido a los delitos penales o la libre competencia.

Se define, en segundo término, por aplicar la teoría económica y los métodos empíricos de la Ciencia Económica al estudio de situaciones jurídicas. Pero lo llamativo es que esas situaciones jurídicas pertenecen a áreas del Derecho tradicionalmente ajenas a la reflexión económica. No es extraño para nosotros, al menos, “alguna” reflexión económica en materia de defensa de la competencia, seguros, tributos, servicios públicos, etc. A esto algunos autores, como Posner, han denominado el viejo AED. El nuevo AED, o simplemente AED, introdujo la novedad de traspasar el análisis económico al estudio de normas que regulan comportamientos que se dan fuera del mercado.

Podemos afirmar que “el supuesto fundamental de este análisis es que las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de determinadas acciones, con lo cual el Derecho deviene susceptible de un tratamiento a la luz de la teoría de precios, a su vez una rama de la microeconomía”¹⁶³

Como afirma Mercado Pacheco, lo común y definitorio del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación

es una referencia importante para el Derecho, porque constituye una especie de anclaje en esa realidad social que valora la riqueza.

Por eso hoy tiene sentido hablar de AED, si nos adentráramos en una época similar a la Edad Media, perdería sentido hacer AED y si tendría sentido hacer algo así como un Análisis Religioso del Derecho (ARD).

¹⁶² Hal R. VARIAN, *Microeconomía intermedia*, Barcelona, Antoni Bosch, 1998, pág. 601.

¹⁶³ Horacio SPECTOR (compilador), *Elementos de análisis económico del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 8

del Derecho¹⁶⁴. Pero con más precisión podemos afirmar que lo definatorio del AED es la aplicación de la teoría económica -principalmente la teoría de precios- para analizar la formación, estructura, proceso e impacto que tienen la ley y las instituciones legales.

El AED propone un doble objetivo para el Derecho: “proveer las condiciones necesarias para que el mercado funcione e imitar al mercado cuando su libre desenvolvimiento no sea factible”¹⁶⁵.

Según Calabresi, se puede hablar de Derecho en términos de justicia y derechos -que es lo que hacemos más frecuentemente-, o en términos de costos y beneficios -conforme la propuesta de Posner-, o combinando ambos lenguajes.

Podemos recordar que lo que hoy reconocemos como AED, nace en la década del '60 en los Estados Unidos, a partir de los trabajos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker y Richard Posner.

Allá por la década del '50, en los EE.UU., profesores de las facultades de Derecho y Economía de la Universidad de Chicago, descubrieron el gran poder explicatorio que tenía el análisis microeconómico sobre diversos aspectos de la vida humana. Desde un punto de vista metodológico, se trataba de aplicar a un amplio abanico de actividades humanas el supuesto de comportamiento racional maximizador; de ese modo era posible establecer proposiciones con validez empírica sobre la forma en que reaccionarían los individuos frente a determinados cambios en su entorno, elaborando a partir de estos antecedentes propuestas de reforma legal, basadas en el criterio de eficiencia económica.

En la actualidad el AED es una corriente de pensamiento desarrollada -y gestada- principalmente en escuelas de Derecho de Yale y Chicago, por Calabresi y Posner respectiva-

¹⁶⁴ Pedro MERCADO PACHECO, ob. cit., pág. 27.

¹⁶⁵ Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, ob. cit., pág. 935.

mente. Ha obtenido un gran predicamento en ese país y de a poco, y con alguna resistencia, empieza a ser utilizado en otros lugares como por ejemplo Canadá, Alemania, Italia y España, aunque algunos autores afirman que el AED viene a solucionar un problema “local” del realismo jurídico anglosajón, y lo ven “como una salida tecnocrática a la crisis de la teoría jurídica americana de los últimos cincuenta años”¹⁶⁶.

Liberándonos de algunos prejuicios

Dada la complejidad de la realidad a la que nos enfrentamos, el AED es una apuesta multidisciplinar, transdisciplinar o interdisciplinar, para abordar esa realidad. Lo fundamental es que existen problemas que la monodisciplina no puede resolver por sí sola y en forma aislada; es necesario un enfoque más holista, más integrador, eso es lo que el AED pretende aportar; si lo logra o no es objeto de arduos debates, pero no debemos criticar desde los prejuicios o desde las posiciones dogmáticas. Por ese motivo conviene liberarnos de algunos preconceptos antes de avanzar en el estudio de los presupuestos sobre los que se sustenta el AED, tales como:

1. Analizar el Derecho con herramientas de otras disciplinas no es nada nuevo, recordemos la sociología del Derecho o la lógica deóntica que importa la aplicación de la lógica modal al análisis del sistema jurídico, etc.
2. El enfoque neoliberal. Este enfoque nos presenta al neoliberalismo (versión vernácula), la desregulación y el AED como un todo inescindible, en la inteligencia de que el “... Derecho tiene una importancia menor, facilitativa, y no regulatoria; que la desregulación es necesaria a fin de superar rigideces y que sólo el mercado tiene aptitud para asignar bienes y derechos”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Pedro MERCADO PACHECO, ob. cit., pág. 274.

¹⁶⁷ Ricardo Luis LORENZETTI, ob. cit., “Análisis económico...”, pág. 63.

Pero esto no es necesariamente así, no todos los partidarios del AED coinciden en este punto.

3. El enfoque “miope” que considera que el único objetivo del AED es reducir los costos, entendiendo éstos como costos primarios según la clasificación de Calabresi.

Más allá de los prejuicios, si bien los juristas debemos asumir que la Economía ha realizado importantes aportes a las Ciencias Sociales, no es menos cierto que existen riesgos en una política excesivamente expansionista del AED; por ejemplo, extrapolar el teorema de Coase al discurso moral no resulta aceptable, la obsesión por la eficiencia (en cualquiera de sus criterios) que soslaya otros criterios normativos como justicia o igualdad, la asunción de que todos los bienes son económicos, etc.¹⁶⁸.

Las propiedades caracterizantes del AED

Es un tanto difícil poder dar una explicación que satisfaga a todos -por la cuestión de las distintas vertientes-, y que a la vez tenga valor explicativo. Ciertamente, bajo este rótulo se engloban diferentes formas de aproximarse al fenómeno jurídico, unas básicamente de carácter descriptivo y otras de carácter normativo.

El AED puesto en función descriptiva utiliza el principio de eficiencia como herramienta a la hora de explicar normas jurídicas y fallos judiciales. En estos casos se toma al Derecho como algo dado y se lo somete a la descripción y explicación efficientista. En este sentido, para Posner el Derecho es, en términos generales, eficiente; y lo será en el futuro por lo que resulta posible predecirlo.

Las diferentes críticas formuladas al AED descriptivo y que no resulta pertinente desarrollar aquí, brindaron mayo-

¹⁶⁸ Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, ob. cit., págs. 929-930.

res argumentos a su rama normativa, según la cual es posible utilizar el AED como guía para jueces y legisladores, y avanzar propositivamente proyectando nuevas normas jurídicas y fallos judiciales en función de la eficiencia económica.

Para esta última rama, los conceptos normativos utilizados hasta ahora son definidos “como un irremediable embrollo de intuiciones y [por ello] ofrece una estructura analítica para ordenar dichas intuiciones y darles contenido. Esta estructura es el mercado. De acuerdo a esta rama del análisis económico del derecho, los conceptos normativos del Derecho deben ser contruidos y aplicados de manera tal de hacer al Poder Judicial un instrumento para perfeccionar el mercado”¹⁶⁹.

Además de esto existen otras variantes metodológicas del AED, por ejemplo la versión predictiva, según la cual tomando en consideración que las personas son agentes racionales que buscan maximizar sus beneficios, será posible predecir cómo se comportarán a partir de los incentivos y desincentivos que generan las normas jurídicas. También se encuentra la tesis evolucionista, por la cual se afirma que el Derecho tiende a adoptar normas eficientes¹⁷⁰.

En cualquiera de las vertientes del AED, se verifican los siguientes presupuestos:

Eficiencia

La principal preocupación, a veces la única, que constituye una materia central de la Ciencia Económica es “... saber cómo debe utilizar una sociedad los recursos limitados de que dispone, para conseguir el mayor grado de satisfacción de las necesidades”¹⁷¹. Esta es una preocupación que recorre

¹⁶⁹ Owen FISS, “¿La muerte del Derecho?”, en rev. *Doxa* 10 (1991), pág. 128.

¹⁷⁰ Horacio SPECTOR (compilador), ob. cit., pág. 13.

¹⁷¹ Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 21.

transversalmente todas las reflexiones rotuladas como “económicas”.

Básicamente existen dos tipos de eficiencia, la referida a la producción y a la asignación. La eficiencia productiva alude al logro de un estado de cosas en el cual sea posible producir más de algún bien sin producir menos de ningún otro bien.

La eficiencia en la asignación es un concepto un poco más complejo y fue originalmente definido por el economista y sociólogo italiano Wilfredo Pareto. Para este autor, una situación distributiva es superior a otra cuando la utilidad o beneficio de un agente económico aumenta sin que por ello disminuya la utilidad o beneficio de ningún otro agente, es decir cuando al menos un agente económico se encuentre mejor sin que nadie se encuentre peor; a esto se denomina *Superioridad de Pareto*. En esta línea de razonamiento, una situación es óptima cuando ya no es posible aumentar la utilidad de un miembro de la sociedad sin empeorar la situación de otro sujeto, a esto se denomina *Óptimo de Pareto*. Por definición, el escenario montado por Pareto conduce a situaciones donde no existen perdedores, por ello no es necesario realizar comparaciones interpersonales. Va de suyo que la optimalidad de Pareto sólo es posible en el espacio de los intercambios voluntarios, vale decir, en el ámbito contractual paritario sin asimetrías¹⁷².

La gran limitación del criterio paretiano es que no admite “perdedores”, y la gran mayoría de las normas jurídicas generan beneficiados y perjudicados; por ello tiene sentido realizar comparaciones interpersonales a efectos de determinar si existen más beneficiados que perjudicados, y la cuantía de ese beneficio.

¹⁷² Obsérvese que este criterio es indiferente a consideraciones de justicia distributiva, dado que un Estado social determinado puede ser perfectamente óptimo con algunas personas en la más absoluta indigencia y otras en la opulencia; tanto es así que no sería posible mejorar la situación de los pobres a costa de reducir en algo los lujos de los más ricos porque éstos pasarían a estar peor que antes.

Por resolver problemas como éstos, los economistas Kaldor y Hicks, sostuvieron un principio paretiano morigerado, que lleva su nombre, *eficiencia Kaldor-Hicks*. Según este criterio, es posible respetar a Pareto aun cuando existiese un miembro de la sociedad perjudicado. En este sentido, una determinada situación social es preferible a otra si al menos un miembro de la sociedad resultara beneficiado, y al menos un miembro resultara perjudicado, si y sólo si, resultase posible indemnizar a éste con parte del beneficio de aquél, y aún así siguiera teniendo una ventaja neta.

A los efectos prácticos, es difícil medir las utilidades de los sujetos, por ello se recurre a la moneda como escala de referencia de ésta. Según la difundida definición de Von Thur, la moneda es aquella cosa mueble que el comercio utiliza como medida de valor para toda clase de bienes, pudiendo por lo tanto emplearse como medio general de cambio. Así, el beneficio o utilidad se traduce en un parámetro más objetivo, la moneda, que en términos generales es denominado riqueza. Esto lleva a algunos analistas económicos del Derecho, como Posner, a sostener abiertamente que eficiencia en el ámbito del AED debe entenderse como maximización de la riqueza de la sociedad.

Según Dworkin¹⁷³ existe una diferencia sustancial entre el AED de los economistas y el de los juristas. Según el AED de los primeros, el objetivo a lograr es la eficiencia, pero según el AED de los segundos es maximizar la riqueza, que según este autor -quizás el más importante filósofo del Derecho del siglo XX- no es lo mismo en muchos sentidos, pero no corresponde explayarnos en esta cuestión en este momento. Sólo vale aclarar que Posner propone como criterio eficiencia la maximización de la riqueza, consistente en una variable mucho más simple y dura que la eficiencia paretiana, en

¹⁷³ Ronald DWORKIN, “¿Es la riqueza un valor?”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N° 1, Buenos Aires Ab-1996, págs. 13-43. Publicado originalmente en *The Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980), págs. 191-226.

ese sentido se maximiza la riqueza cuando los bienes -y recursos en general- se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y considera que alguien valora más un bien sólo si está dispuesto -y al mismo tiempo puede- pagar más que otros para poseerlo.

Como hemos visto, en términos generales, la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una acción o situación determinada puesta en contraste con los costos totales de ésta. En este sentido, se puede afirmar que estamos frente a un estado de cosas eficiente cuando se aumentan los beneficios totales y se disminuyen los costos totales.

En razón de ello, el AED considera "... como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia"¹⁷⁴.

El concepto de eficiencia, como el de justicia, es simple. El problema radica en la selección de los criterios que nos conducen a esos puntos de llegada, pero principalmente qué estamos dispuestos a sacrificar para obtenerlos.

Debe quedar muy claro que lo eficiente no es necesariamente justo, pero la inversa no vale en la mayoría de los casos. Aunque autores como Posner dirían que este planteo es equivocado, visto que iguala los conceptos de justicia y eficiencia, reduciendo muchas veces el primero al segundo.

Consecuencialismo

De lo anterior se deriva que el AED es una teoría consecuencialista. Como señala Nino, una doctrina que detenta esta propiedad caracterizante asume que "las acciones no tienen valor moral en sí mismas sino en relación a la bondad o maldad de sus consecuencias. La bondad o maldad de los efectos

¹⁷⁴ Idem.

de los actos está, a su vez, determinada por la medida en que ellos inciden en la materialización de ciertos estados de cosas que se consideran *intrínsecamente* buenos o malos. Hay que distinguir, entonces, entre estos estados de cosas que son en sí mismos bueno (o malo) y los estados de cosas que sólo lo son *instrumentalmente*, o sea como medios para materializar lo que es bueno (o malo) en forma intrínseca¹⁷⁵.

Queda claro que el AED no halla su “sustrato” justificatorio, es decir su fundamentación, en algún precepto normativo -por ejemplo, la Constitución- o extranormativo -por ejemplo, los Principios Generales del Derecho-, sino ponderando las consecuencias de la norma; puntualmente, si logra el objetivo de evitar el despilfarro de recursos.

Escasez de bienes, individualismo, racionalidad, y universalización de preferencias

Según Schäfer y Ott, “las dos hipótesis legales más importantes de la teoría económica y de más aplicación práctica en la predicción científico-económica son la aceptación de la escasez de bienes y del individualismo metodológico”¹⁷⁶.

La hipótesis legal de la escasez supone que en todos los campos de aplicación el hombre tiene necesidades ilimitadas y a la vez posee medios limitados para satisfacerlos. Por otra parte, la del comportamiento racional egoísta (individualismo metodológico) acepta que, por regla general, los hombres intentan incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal y saben muy bien lo que para ellos es útil o inútil.

¹⁷⁵ Carlos NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, págs. 391-392.

¹⁷⁶ Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT, ob. cit., pág. 60.

El AED presenta un doble individualismo, normativo y metodológico¹⁷⁷.

Según el individualismo normativo, el Estado sólo puede trazar objetivos y delinear acciones (evidentemente aquí se incluye también la creación de normas jurídicas) “recurriendo a los objetivos y preferencias de los miembros de la sociedad”¹⁷⁸, porque nadie se encuentra en mejores condiciones que los propios individuos de establecer qué es lo que más les conviene.

Conforme al individualismo metodológico, los individuos son auto-interesados y tratan de maximizar su bienestar dentro de ciertas restricciones, aunque según Schäfer y Ott lo hacen “... sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber”¹⁷⁹. Esto no significa que los individuos realicen efectivamente un cálculo de este tipo en todos los casos sino que se comportan *como si* lo hicieron. En esto se basa la denominada *soberanía del consumidor*, una formulación central para entender el AED.

Tomando en cuenta lo anterior podemos decir que, como la premisa es que los bienes son escasos y no hay posibilidad fáctica de satisfacer todas las necesidades, cada individuo debe escoger alternativas y una decisión coherente será aquella que permita maximizar su bienestar y no reducirlo. En esto consiste la racionalidad. Cualquier conducta que no se adecue a este patrón no puede ser considerada racional, estos parámetros permiten extender los análisis más allá del estricto ámbito subjetivo, universalizando las preferencias de las personas.

También el AED cuenta con métodos propios en el estudio de los fenómenos y problemas jurídicos, donde el principal es la utilización de modelos analíticos.

¹⁷⁷ Idem, pág. 22.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

Modelos analíticos

“La economía se basa en la construcción de modelos de los fenómenos sociales. Entendemos por modelo una representación simplificada de la realidad. (...) El poder de un modelo se deriva de la supresión de los detalles irrelevantes, que permite al economista fijarse en los rasgos esenciales de la realidad económica que intenta comprender”¹⁸⁰.

Particularmente “el análisis económico utiliza un modelo: el mercado como método de asignación de recursos”¹⁸¹.

Como la realidad es compleja e intrincada, un modelo es una construcción artificial que nos permite recortar aquellos datos fácticos que nos parecen más significativos y operar sobre ellos, principalmente a los efectos de obtener predicciones y “descubrir *principios generales* que se apliquen en situaciones realistas más complejas”¹⁸².

Muchas veces nos parecen absurdas las derivaciones que se obtienen de un modelo donde interactúan un consumidor y un proveedor, porque sabemos que en el mercado hay mucho más que un proveedor y un consumidor, pero si no alcanzamos a comprender cómo actúan en un modelo ficticio dos actores, difícilmente podremos comprender cómo actúa una gran diversidad de actores en un mercado real.

Todo lo expuesto ilustra sobre cuál debe ser la función del Derecho para el AED. Si el mercado es la mejor herramienta con que cuenta la sociedad a los efectos de maximizar el bienestar (o la riqueza), entonces el rol del Derecho debe ser asegurar el funcionamiento del mercado, e imitarlo cuando éste no pueda actuar efectivamente.

¹⁸⁰ Hal R. VARIAN, ob. cit., pág. 1.

¹⁸¹ Ricardo Luis LORENZETTI, ob. cit., “Análisis económico...”, pág. 72.

¹⁸² Stanley FISCHER, Rudiger DORNBUSH y Richard SCHMELENSEE, *Economía*, 2ª ed., Madrid, McGraw-Hill, 1992, pág. 2.

Como los bienes finalmente se asignan a quienes más los valoran, entonces debemos buscar la optimalidad en la asignación de éstos. Esto se logra, según Pareto, cuando se realizan intercambios voluntarios de modo tal que al menos alguien esté mejor sin que nadie se encuentre en peor situación. De allí la fuerza y protagonismo que se le asigna al principio de autonomía de la voluntad.

El Teorema de Coase

Una de las nociones básicas utilizadas por el AED es el llamado “Teorema de Coase”, denominado así en honor al prestigioso economista que lo formuló en 1960, en un trabajo titulado “El problema del costo social”.

Este teorema, en una enunciación simplificada, afirma que siempre se adoptará la solución más eficiente, cualquiera sea la asignación de la titularidad del derecho, siempre que los costos de transacción fueran igual a cero, vale decir inexistentes.

Polinsky ejemplifica esto de la siguiente manera. Imaginemos que una fábrica emite contaminantes al aire que causan daños a cinco vecinos al momento de colgar sus ropas por \$75 a cada uno, es decir un total de \$ 375. Estos daños pueden eliminarse con la instalación de un filtro en la fábrica por un costo de \$ 150, o entregando a cada vecino una secadora por \$50 cada una, es decir con un costo total de \$ 250. Independientemente de que la fábrica tenga derecho a contaminar o los vecinos al aire puro, cualquiera de ellos optará por abonar los \$150 correspondientes al filtro; la diferencia consistirá en la redistribución de la renta, es decir quién hará frente al pago del filtro, ya que si se asigna el derecho a contaminar a la fábrica los vecinos pagarán el filtro, en caso contrario, la fábrica se hará cargo de los costos¹⁸³.

¹⁸³ Mitchell POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1985, págs. 23-24.

Pero si existieran costos de transacción positivos, por ejemplo si a cada vecino le cuesta \$60 reunirse con los demás, elegirían comprar la secadora por \$ 50 cada uno. A las claras importa la adopción de una solución ineficiente, con lo cual la norma debería asignarle la titularidad del derecho a ellos por cuanto la fábrica, al no tener costos de transacción, escogería seguir pagando los \$ 150 del filtro. De esta forma es posible formular el “Teorema de Coase” en una versión más compleja: si hubiese costos de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica escogida¹⁸⁴.

Con estas consideraciones como antecedentes podemos ingresar al ámbito de la responsabilidad civil.

¹⁸⁴ Mitchell POLINSKY, ob. cit., pág. 25.

CAPÍTULO 6

TESIS ECONÓMICO-UTILITARISTA

PARTE III

LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Para el AED la responsabilidad extracontractual tiene básicamente tres elementos: la obligación de no agredir (entendida como la aplicación de la regla *alterum non laedere*, o más propiamente que el acto dañoso no sea antijurídico), la generación de un daño y la relación de causalidad¹⁸⁵.

En este ámbito se utilizan ciertos conceptos elementales, que si bien guardan relación con sus equivalentes jurídicos, presentan cierta singularidad que merece ser tenida en cuenta. Se denomina *accidente* al “resultado dañoso que ni el causante ni la víctima desearon que acaeciera, aunque uno u otra podían haber reducido la probabilidad o magnitud del daño adoptando más precaución o reduciendo la actividad”, *causante* al “sujeto que produce el accidente o que es causa efectiva o potencial del mismo”, y *víctima* o *perjudicado* “la persona o personas que sufren las consecuencias del accidente”. Se entiende por *responsabilidad* “la obligación jurídica de quien

¹⁸⁵ Santos PASTOR, ob. cit., “Derecho...”, pág. 57. Lo que se halla entre paréntesis es propio.

causa un daño de resarcir a la víctima por el importe de ese daño”. Se define *riesgo* como “aquella situación en la que es más o menos probable que se produzca un suceso indeseado o aquel contexto en el que se produce un suceso con cierta probabilidad, donde el tamaño de un suceso tiene una distribución de probabilidad” y *probabilidad* como “un concepto semejable a la frecuencia relativa de un suceso”¹⁸⁶.

Según esta corriente de pensamiento existen distintos tipos de reglas de responsabilidad, a saber:

- *Ausencia de responsabilidad*: en este caso el causante no debe hacerse cargo del daño que produce, en realidad es una regla de *no-responsabilidad* que hace cargar a la víctima con todo el costo del daño.
- *Responsabilidad objetiva*: en este supuesto el causante del accidente es responsable del daño que causa, independientemente de la conducta que hubiese observado. En este caso los elementos requeridos son: la existencia de un daño y una relación de causalidad apropiada.
- *Responsabilidad por culpa*: en esta hipótesis el causante es responsable del daño que ocasiona en tanto no haya observado una conducta diligente. En este supuesto se exige la existencia del daño, la relación de causalidad y la verificación de culpa por parte del causante.
- *Responsabilidad concurrente*: en esta situación la responsabilidad del causante y de la víctima se gradúa en función de la conducta observada por cada uno y que fuera determinante en el acaecimiento del accidente o en la escala del daño.

Por fuera de las reglas de responsabilidad podemos encontrar *sistemas prestacionales o asistenciales* en los cuales sólo se requiere la existencia de una necesidad o situación

¹⁸⁶ Santos PASTOR, ob. cit., “Derecho...”, pág. 58.

desfavorable¹⁸⁷ por parte de la víctima. En todos estos supuestos la existencia de una relación de causalidad es fundamental para distinguir un sistema de responsabilidad de cualquier otro sistema, básicamente es lo que permite asignar los costes de un daño a quien lo ocasionó y no a cualquier otro sujeto.

El AED no confunde objetos de análisis, y cuando se ocupa de la responsabilidad, se desentiende de los *sistemas prestacionales o asistenciales*, dado que su adopción responde a decisiones de política legislativa y no a cuestiones que tengan que ver con las elecciones de los sujetos intervinientes.

Los modelos tradicionales que han sido diseñados para analizar la responsabilidad civil extracontractual distinguen los siguientes componentes:

1. Básicamente se ocupa de dos tipos de agentes ubicados en los extremos de la relación: los dañadores y las víctimas.
2. Agentes racionales, es decir, que toman decisiones guiados por la maximización de sus utilidades esperadas.
3. Agentes neutrales al riesgo.

La racionalidad desde el punto de vista económico, que en determinados contextos es traspolable a otros ámbitos como el social o político, puede ser concebida como la capacidad de comportarse estratégicamente en el marco de un sistema que crea incentivos y desincentivos para determinadas conductas.

Para ello se parte de la base de que los individuos tienen preferencias personales que en cierta medida son comunes a todos los seres humanos, y que pueden ser cognoscibles y ordenadas jerárquicamente. Si a esto le adicionamos que metodológicamente los individuos van a ser capaces de orientar sus acciones hacia aquellas opciones que les permitan

¹⁸⁷ Idem, págs. 61-62.

maximizar su satisfacción, dentro de un sistema de preferencias ordenadas según su intensidad, estaremos en condiciones de predecir conductas según este criterio de racionalidad.

Veamos un ejemplo, cuando los constructores del famoso “Ford Pinto”¹⁸⁸ descubren el fallo del vehículo, hacen un cálculo económico y deciden que es preferible indemnizar en caso de accidentes antes que quitar o reparar todos los modelos existentes en el mercado. Hacen esta elección en base a una escala ordinal de preferencias; así, maximizan su bienestar representado en el balance positivo de ingresos-egresos. Esta conducta es execrable desde el punto de vista ético kantiano, porque instrumentaliza al ser humano, pero es perfectamente racional y eficiente desde el punto de vista (económico) de los incentivos.

Debemos ser cuidadosos con el manejo de esta racionalidad, evitando caer en simplificaciones absurdas o generalizaciones apresuradas.

Siendo precisos a este respecto, se trata, básicamente, de una concepción metodológica, en modo alguno es una afirmación normativa descriptiva -ello quiere decir que no es posible aseverar que por una ley universal los seres humanos actuamos conforme este criterio todo el tiempo-, ni mucho menos una posición normativa prescriptiva -en el sentido de que sería deseable que todos actuásemos así todo el tiempo-. Simple y contundentemente este supuesto metodológico de racionalidad económica nos señala que *muchas veces* los seres humanos actuamos de ese modo. Por lo tanto, nos permite formular proposiciones predictivas y explicativas de las conductas reales de los hombres de carne y hueso; o cuando menos, nos permite conocer cómo actuamos muchas veces los seres humanos que si utilizáramos otros criterios de conducta, por ejemplo el mandato universal kantiano.

¹⁸⁸ El caso del Ford Pinto se ventiló en el juicio caratulado “Grimshaw vs. Ford Motor Company” (Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, Division Two. 119 Cal. App. 3d. 757; 174 Cal. Rptr. 348; CCH Prod. Laib. Rep. P8999).

Así, en el caso que nos ocupa, vamos a poder comprender mejor y hasta predecir la conducta de un empresario, si lo concebimos como un sujeto dotado de comportamientos estratégicos en un sistema de incentivos, y no como un “franciscano” más preocupado por el bienestar de su prójimo que por el propio.

Ahora bien, la primera cuestión a resolver es la siguiente: ¿De qué manera es posible adoptar una decisión social -por ejemplo, la construcción de una norma jurídica- partiendo de preferencias individuales?

Hay distintas alternativas, comencemos por el óptimo de Pareto. Según este criterio elaborado por Wilfredo Pareto, una situación cualquiera es óptima cuando ya no es posible aumentar la utilidad de un miembro del grupo social considerado, sin empeorar la situación de otro sujeto. Por definición, el escenario montado por Pareto conduce a un juego de suma cero, por el cual todo lo que un sujeto gana es a costa de la pérdida de otro. La optimalidad de Pareto es posible en el ámbito contractual, no así en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, este criterio es indiferente a consideraciones de justicia distributiva; un Estado social determinado puede ser perfectamente óptimo con algunas personas en la más absoluta indigencia y otras en la opulencia, tanto es así que no sería posible mejorar la situación de los pobres a costa de reducir en algo los lujos de los más ricos.

Según el criterio de optimalidad paretiana no podríamos hacer opción por algún sistema de responsabilidad civil, por cuanto siempre estaríamos afectando la suma cero y, por otra parte, nos hallamos ante la imposibilidad de considerar aspectos distributivos, que se hallan subyacentes en todo sistema de responsabilidad. Vale decir, si tuviésemos que decidir entre un régimen de responsabilidad que haga cargar con todos los costos del daño al consumidor o bien otro régimen que lo ponga a cargo del empresario, según el óptimo de Pareto no contaríamos con ningún parámetro para elegir uno y desechar otro.

Ahora, si bien el óptimo de Pareto no nos da la solución, quizás la superioridad de Pareto sí pueda hacerlo. Según este razonamiento una elección social es superior a otra si favorece la unanimidad, es decir, si todos están de acuerdo con ella. Va de suyo que la superioridad paretiana incluye la optimalidad, el punto en que todos estaríamos conforme con una determinada elección social si ésta nos beneficia o al menos no nos perjudica.

El criterio de superioridad implica asumir un compromiso muy fuerte, dado que pone en cada integrante del grupo un poder de veto sobre las elecciones sociales, aun cuando éstas sean inmensamente mayoritarias. Un requerimiento tan estricto le quita gran parte de su utilidad práctica y lo convierten en imposible de aplicar en situaciones reales.

En atención a este impedimento se elaboró un modelo de corrección o principio paretiano morigerado, que se denomina criterio Kaldor-Hicks, en honor a los economistas que lo construyeron. Según esta propuesta, aún es posible respetar a Pareto no obstante existiese un miembro de la sociedad perjudicado. En este sentido, una determinada elección social es preferible si al menos un miembro de la sociedad resultara beneficiado, y al menos un miembro resultara perjudicado; si y sólo si, resultase posible indemnizar a éste con parte del beneficio de aquél, y aún así siguiera teniendo una ventaja neta.

Como derivación de este principio, cabe preguntarnos cuánto está dispuesto a pagar un determinado sujeto por una determinada acción que puede resultar dañosa. Así las cosas, la elección social se circunscribe a una cuestión de valoraciones personales, de modo que quien esté dispuesto a pagar -y eso incluye también a indemnizar, en su caso- y considere que igualmente contará con algún beneficio, debería poder realizar la acción que pretende.

Ronald Coase ha puesto de manifiesto los problemas distributivos atinentes a todo sistema de responsabilidad. Según este autor en el enfoque tradicional se piensa en un sujeto X que daña a un sujeto Z, y de allí pasamos a pregun-

tarnos cómo podemos hacer para restringir a X; pero dice que este razonamiento es erróneo porque es un caso de naturaleza recíproca, evitarle un daño a Z causa un perjuicio a X; entonces, la cuestión es la siguiente: ¿debe permitirse a X que dañe a Z o a la inversa?, porque en sí la cuestión central consiste en evitar el daño mayor.

Para Coase no se trata de buscar culpables, sino de optar considerando desde el punto de vista social si conviene evitar o permitir el daño. Él se mostraría partidario de permitirlo, si el sujeto en cuestión paga la indemnización y aún así cuenta con un beneficio neto. Como vemos, aquí no subyace una referencia a derechos subjetivos sino una evaluación de costos y beneficios. Analicemos esto con un poco más de detenimiento.

Todo producto o actividad tiene un costo, son los recursos que se requieren para obtenerlos o llevarlos a cabo. El costo social es el costo total del mismo. El costo privado en cambio alude sólo a aquella parte del costo social que es internalizado -en otras palabras, afrontado- por un individuo. Todos los costos tienen que ser cubiertos por alguien -que no necesariamente es el sujeto que disfruta del bien- porque éstos no desaparecen sino que se trasladan. Por ejemplo, si alguien realiza un obsequio, para el agasajado el costo es cero; en cambio, eso no quiere decir que el regalo no haya tenido costo, sino que fue asumido por otro sujeto distinto al destinatario. Algo similar sucede con los precios subsidiados, la diferencia entre el precio subsidiado y el precio real es trasladada a aquellas personas que pagan el subsidio.

Cuando existe un desfase entre el costo social y el costo privado, emerge la ineficiencia en la producción porque los sujetos en cuestión no internalizan todos los costos y en consecuencia demandan u ofertan por fuera del óptimo social, no aprovechando correctamente los recursos existentes.

Los daños son externalidades porque no están previamente contratados. No fue posible arribar a acuerdos en torno a ellos *ex ante* de su ocurrencia y prever algo así como una “cláusula penal” con su doble función disuasoria-indemnizatoria.

En este contexto, los daños son externalidades negativas; es decir, transferencias o intercambios económicos no aceptados por las partes, que afectan el equilibrio entre costos sociales y privados, generando una línea de producción ineficiente. Imaginemos un fabricante que no se encuentra obligado a resarcir los daños causados por los productos defectuosos que lanza al mercado. El costo de este daño no desaparece para la sociedad, sino que se traslada al consumidor; pero al no ser afrontado por el causante éste no internalizaría todos los costos de su actividad, no sería parte de su costo privado y, en consecuencia, produciría por encima de la demanda real del bien.

Para solucionar situaciones como las descritas, Pigou aconsejaba aplicar un impuesto sobre al agente generador de la externalidad, por un monto equivalente al costo de ésta. De esa manera, se estaría produciendo un equilibrio entre costo social y privado. En general, los economistas de la primera mitad del siglo XX tendían a recomendar la intervención del Estado en todos aquellos casos en que el mercado se apartara de un esquema competitivo, en la inteligencia de que esta intervención podía ser considerada como una fuerza correctiva libre de costos.

Para Coase se debían evaluar todos los costos y beneficios de las alternativas posibles, porque tanto las soluciones de mercado como aquellas que emplean otras vías -por ejemplo, la intervención estatal-, tienen costos. Así, según el famoso teorema, las reglas de responsabilidad civil permitirían asignar esta externalidad de manera más eficiente que una norma tributaria, porque resulta muy complejo determinar los valores de esa externalidad y en consecuencia el Estado puede fallar en su aplicación, generando nuevos costos sociales.

Recordemos que para Coase, invariablemente se adoptará la solución más eficiente, cualquiera sea la asignación de la titularidad del derecho, siempre que los costos de transacción fueran bajos o mejor aún, igual a cero. En un mundo en el cual los costos de transacción fueran bajos o inexistentes, los derechos de propiedad serán siempre transferidos a aquellos sujetos que los valoran más, independientemente de quie-

nes fueran sus titulares originarios porque éstos podrían negociar entre sí y quien aprecia más el bien podrá comprárselo a quien lo valora en menor medida.

De este modo “la ley o un fallo judicial no tendrá efectos sobre la asignación de recursos y la persona que causa el daño internalizará siempre el costo que éste involucra. Para que esta negociación, sin embargo, ocurra, los derechos deben estar claramente delimitados y en condiciones de poder transferirse sin restricciones y a un bajo costo”¹⁸⁹.

Pero cuando existen costos de transacción -y aquí nos referimos a los costos de identificar a las partes, negociar y ponerse de acuerdo- elevados, esta ecuación no funciona, se invalidaría el proceso de negociación y la asignación de recursos operadas por ley o por la jurisprudencia quedarían donde fueron atribuidas sin que las partes puedan modificarlas, aun cuando sus titulares las valoren menos que otros potenciales titulares. Por lo que Coase afirma que el Derecho no es para nada irrelevante en estos supuestos y su intervención resulta crucial para el buen funcionamiento de la economía.

Ahora bien, según el AED los daños extracontractuales resultan difíciles de regular porque no se puede contratar sobre ellos *ex post* y por los altos costos de transacción resulta difícil considerarlos *ex ante*. Además, recordemos que mirados económicamente son “externalidades negativas”; es decir, efectos externos de una actividad económica no buscados ni deseados por los agentes.

Entonces, lo único que nos interesa saber para determinar la norma del Derecho aplicable al caso (regla de responsabilidad), es si se consigue un mejor resultado, en términos de eficiencia en la asignación de recursos, poniendo el derecho a dañar o a no ser dañado¹⁹⁰ en manos de una o de la otra

¹⁸⁹ Harald BEYER, “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, en *Rev. de Estudios Públicos* N° 45, pág 10.

¹⁹⁰ Obsérvese que el derecho a dañar o a no ser dañado son entendidos como recursos económicos.

parte, con independencia de quien haya creado la externalidad. A partir de aquí, la Escuela de Chicago, con Posner y la de New Haven (Yale), liderada por Calabresi, mantienen posturas divergentes.

Para Posner, el Derecho debe realizar un análisis de mercado hipotético, es decir, imitar lo que ocurriría en un mercado perfecto (uno sin costes de transacción). En este escenario imaginario, el derecho a dañar -o su contrapartida, es decir, el derecho a no ser dañado- acabaría siempre en manos de quien lo valorase más y en consecuencia estuviese dispuesto a pagar más por él. Pero existiendo costes de transacción, la asignación de derechos de actuación queda donde el Derecho la ubique. Por eso las normas jurídicas deben simular la decisión del mercado y conceder el derecho (a dañar o a la indemnidad) a quien le asigne mayor valor, llegando así a la solución a que hubieran arribado las partes de haber tenido la oportunidad de negociar.

Pero para Posner esta solución es un “segundo blanco”, una alternativa de segundo orden en caso de que no pueda accederse a la solución de mercado genuina. Para este autor, siempre que sea posible hay que redefinir la regla inicial de responsabilidad para minimizar los costes de transacción y permitir que las partes negocien libremente; así, se llegará siempre a un resultado eficiente, porque el mercado no se equivoca, en cambio se podrá dudar de la solución del Derecho, porque aquí no interactúa la oferta y la demanda de manera efectiva y sólo se trata de una simulación.

Dos autores que en líneas generales siguen la orientación posneriana, Cooter y Ulen¹⁹¹ inician el apartado referido a la responsabilidad por productos señalando que de 30 años a esta parte, lo que era una parte menor del Derecho de Daños se ha convertido en una especialidad grande e importante, y a la vez foco de mucha insatisfacción. En este sentido, señalan que el área de responsabilidad por productos es

¹⁹¹ Robert COOTER y Thomas ULEN, ob. cit., págs. 451 a 463.

tan incierta que muchos aseguradores han decidido abandonar el mercado, y que por este motivo fabricantes que han quedado sin cobertura han optado por dejar de fabricar determinados productos. Incluso, acompañan encuestas que demuestran cómo las preocupaciones relativas al tema han llevado a productores a abandonar líneas de productos, limitar sus gastos de investigación y desarrollo o cancelar la introducción de nuevos productos.

Según la norma de responsabilidad que estos autores comentan y que denominan “responsabilidad estricta por productos”, para que un fabricante demandado sea considerado responsable, el producto dañoso debe ser defectuoso. El referido defecto puede ser de diseño, de manufactura o de prevención -información-. Este contexto legal es el que le da el marco a sus observaciones críticas.

Básicamente, se preguntan cuál norma de responsabilidad sería recomendada por la teoría económica para los accidentes relacionados con estos productos. Según la matriz utilizada para estos efectos, es necesario determinar el carácter unilateral o bilateral de la precaución que debe tomarse con el objeto de reducir la probabilidad de la causación del accidente y su gravedad.

Existen básicamente dos tipos de accidentes si tomamos en cuenta la incidencia de las partes en el acaecimiento de éstos, los unilaterales son “aquellos en los que la producción del accidente depende sólo de la conducta del causante”, los bilaterales, en cambio, “dependen de la conducta adoptada por el causante y la víctima”¹⁹².

Entonces, la precaución es bilateral si ambas partes están en condiciones de tomar acciones preventivas para reducir la probabilidad de la ocasión del accidente y su gravedad. En estos casos la regla de la negligencia, es decir, un sistema basado en la culpa, sería el recomendado por la teoría económica.

¹⁹² Santos PASTOR, ob. cit., “Derecho...”, pág. 60.

En cambio, la precaución es unilateral cuando sólo el victimario está en condiciones de realizar acciones precautorias para reducir la probabilidad y gravedad de los accidentes. En estos supuestos, la norma recomendada es una basada en la responsabilidad estricta, es decir un sistema basado en criterios objetivos de asignación de responsabilidad.

Ahora bien, cuál de las dos normas sería la más eficiente para el caso de accidentes con productos. En la generalidad de los casos la precaución es unilateral para el productor, por lo que la regla recomendada sería la de responsabilidad estricta. Esto es así por cuanto el fabricante es quien controla el diseño del producto, el proceso de manufactura y quien se encuentra en mejores condiciones de conocer los peligros del producto y transmitir con mayor eficiencia los modos de su utilización segura.

No obstante la generalidad de los casos, en numerosos supuestos puede verificarse la presencia de factibilidad de una precaución bilateral. En un importante número de situaciones los consumidores pueden tomar mínimas precauciones que permitirían eliminar o reducir la probabilidad de ocurrencia de accidentes y limitar su gravedad; esto es así cuando el usuario respeta las advertencias, utiliza los productos de la forma sugerida, y se abstiene de introducirle modificaciones peligrosas.

Realizadas estas observaciones, la teoría económica podría sugerir que la regla más eficiente en materia de responsabilidad por productos es aquella que pueda tomar un curso intermedio entre la precaución unilateral y bilateral. Por ejemplo, sosteniendo que los productores son responsables por el diseño, la fabricación o la prevención defectuosa, pero eximiéndolos de responsabilidad en los casos en que las víctimas asuman voluntariamente los riesgos del daño o por el mal uso del producto.

Los partidarios de esta postura argumentan que en caso de optarse por un sistema de responsabilidad estricta del productor, éste tendría que asegurar -de manera real o virtual- a cada uno de sus consumidores, elevando el precio del producto. Entonces, todos los consumidores deberían pagar

un precio superior y no sólo los que resulten ser más descuidados. En definitiva, se estaría cargando a los consumidores cuidadosos, que en todo caso tomarían voluntariamente un seguro de considerarlo necesario, y subvencionando a los consumidores negligentes.

En conclusión, el sistema de responsabilidad estricta sin los extremos aquí señalados obliga a los comerciantes a ofrecer un seguro junto con su producto, lo cual resulta, en muchos casos, ineficiente.

Para Richard Posner¹⁹³, el área de la responsabilidad estricta más controvertida es, sin dudas, la relativa a los daños personales causados a consumidores por productos defectuosos o peligrosos más allá de lo razonable.

Este autor cuestiona incluso la denominación misma de responsabilidad estricta como rótulo general para este tipo de daños, argumentando que la defectuosidad o peligrosidad del producto más allá de lo “razonable” es resuelta por los tribunales según el enfoque de la fórmula Hand, muy propio de la regla de la negligencia. Por ejemplo, si un automóvil queda destruido en un accidente, no habría responsabilidad del productor por este solo hecho, y la posibilidad de que hubiera podido construir un vehículo reforzado como un tanque no lo hace responsable de nada; el fabricante sólo es responsable si el diseño o la construcción hubieran sido defectuosos, lo que en la mayoría de los casos importa adjudicarle una responsabilidad por un comportamiento negligente.

La principal excepción, a lo expuesto en el párrafo anterior, se da en los casos en que se evidencia un defecto en la producción, no obstante haberse tomado todas las precauciones del caso; por ejemplo, una botella de una bebida gaseosa con restos de ratón en su interior hace nacer la responsabilidad estricta del productor, aunque éste hubiera tomado todas las medidas higiénicas posibles. Además, no hay nada que

¹⁹³ Richard POSNER, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, págs. 173 a 175.

el consumidor pueda hacer para prevenirse de una situación como ésta a un costo razonable, inspeccionar cada una de las botellas o indagar por la existencia de un sustituto más seguro. En relación con el costo esperado de un accidente de este tipo, que se da uno en un millón, resultaría altamente ineficiente. En estos casos se puede verificar en realidad una verdadera responsabilidad estricta.

Para Posner, la fundamentación del sistema de responsabilidad estricta es la asimetría de información existente entre el fabricante y el consumidor, visto que en general considera más eficiente económicamente que, una vez atribuido al agente el “derecho a dañar”, se establezca un sistema intermedio entre la mera asignación de la facultad sin contraprestación *-no liability*, es decir, irresponsabilidad- y una responsabilidad estricta *-strict liability*, es decir, compensación en todo caso-: la responsabilidad por culpa *-negligente liability-*.

No se justifica este sistema por su justicia intrínseca, sino por su eficiencia a la hora de reducir el número y gravedad de los accidentes. Por eso acuña un concepto económico de culpa extracontractual bastante diferente del propiamente jurídico, basado en reglas y estándares de conducta; por ejemplo, deberes a su cargo, precauciones de un buen padre de familia, etc. Para Posner un agente puede ser considerado culpable de negligencia si la pérdida causada por el accidente, multiplicada por la probabilidad de que el accidente ocurriera, excede del coste de las precauciones que el demandado podría haber tomado para evitarlo. Como ya vimos, el problema se reduce a una ponderación de costes, desde el momento que si un coste superior podía haber sido evitado incurriendo en un coste menor, la solución eficiente es la que no dilapida recursos de la sociedad, independientemente de otra consideración normativa.

Lo expresado más arriba es una sofisticación de la concepción de la culpa entendida según la fórmula Hand.

Learned Hand fue un prestigioso juez estadounidense de mediados del siglo XX, insatisfecho ante las formulaciones destinadas a precisar la existencia de culpa en casos concre-

tos. El principal problema para identificar la culpa residía en que ésta supone en abstracto no haber observado un determinado nivel de diligencia en el obrar, pero en los casos fronterizos los “deberes a su cargo” o las “precauciones de un buen padre de familia” que definen los estándares mínimos del comportamiento diligente no resultan de mucha ayuda. Por ello elaboró una fórmula que lleva su nombre, según la cual alguien puede ser considerado culpable de algo sólo si el gasto de previsión del daño (X) es menor al costo del daño previsto (Y), multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia (Z), es decir que descubrió en la culpa una formulación económica expresable de la siguiente manera $(X < Y \times Z)$ ¹⁹⁴.

La primera consecuencia que se deriva de esta postulación, en cuanto a la responsabilidad del fabricante, es la preferencia por un sistema de responsabilidad básicamente fundado en la culpa, aunque entendida ésta en los límites expresados más arriba.

En consonancia con esta concepción de culpa, aparece el principio del evitador más barato de costes (*cheaper cost avoider*) según el cual “en los casos en que tanto el agente causal del daño como la víctima del mismo pueden evitar el accidente, mediante precauciones cuyos costos son menores que el costo del accidente descontado por la probabilidad de su ocurrencia, debería cargarse la responsabilidad del accidente a aquel de los dos que lo puede evitar de la forma más económica”¹⁹⁵.

La segunda derivación aplicable a las normas sobre responsabilidad por productos es que se debería permitir al consumidor asumir los riesgos, ante la posibilidad de que:

1. pueda asegurarlos más económicamente con relación al fabricante, o simplemente,

¹⁹⁴ Esta fórmula fue aplicada por Hand por primera vez para resolver el caso “United States v. Carrol Towing Co.” (159F. 2d 169 - 2d Circ. 1947).

¹⁹⁵ Carlos ROSENKRANTZ, “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, en rev. Lecciones y Ensayos N° 11, pág. 150.

2. prefiera correr con los riesgos y, así, pagar un precio más reducido.

En el ámbito del AED no todas las posturas son coincidentes; otro precursor de esta escuela, Guido Calabresi, parte de supuestos diferentes y llega a conclusiones distintas. Por sus planteamientos este autor es considerado un ecléctico; por ejemplo, afirma que el hombre no es siempre un *homo economicus* (un racional maximizador de su bienestar), por otra parte, no considera que la justicia no deba ser subordinada a la eficiencia y, en tal sentido el análisis económico es básicamente un instrumento para contribuir al rediseño de las instituciones jurídicas, y por tanto no elimina el análisis jurídico de éstas. Por otra parte, muchas veces aconseja un apartamiento del principio del “evitador más barato de costos”.

Según Calabresi, las funciones que tradicionalmente se mencionan como propias de la responsabilidad civil son distribución del riesgo (*risk distribution*), asignación de recursos (*resource allocation*) y justicia. Pero este planteo merece un tratamiento más pormenorizado. Para este autor, la responsabilidad civil debe cumplir básicamente dos funciones, y una de ellas debe perseguir tres fines diferentes; además considera que existen métodos o aproximaciones específicos para lograr esos fines. Calabresi denomina “función” (*goal*) a cada uno de los cometidos generales de la responsabilidad civil, las dos funciones son la justicia y la reducción del coste de los accidentes; con el término “fin” (*subgoal*) se refiere a cada uno de los diversos objetivos comprendidos en las anteriores funciones -por ejemplo, la reducción de los costes administrativos-; con las expresiones “método” o “aproximaciones” (*method* o *approach*) designa a los instrumentos teóricos que sirven para lograr las funciones y fines mencionados -por ejemplo, fraccionamiento de los costes, prevención general, etc.- y, finalmente, bajo la denominación “sistema” (*system*) nuclea las diversas formas de imputar los costes de los acci-

dentes -por ejemplo, responsabilidad subjetiva, seguridad social, responsabilidad de la empresa-¹⁹⁶.

Calabresi reconoce que existen cuatro mitos que nos impiden analizar el capítulo de la responsabilidad civil con claridad¹⁹⁷:

- El primer mito consiste en considerar que la sociedad está dispuesta a evitar los accidentes a cualquier precio. Esta idea claramente se ve refutada en la práctica, cuando se puede verificar que ni siquiera se busca preservar la vida humana a cualquier precio. Muchas veces existen motivos morales de la mayor trascendencia que pueden llevarnos a pensar que las vidas humanas son sacrificables (por ejemplo, las guerras de independencia o las guerras religiosas), pero lo más sorprendente es que en muchas ocasiones las vidas humanas se sacrifican por cuestiones de mera conveniencia, y para ilustrar esto trae a colación la construcción del túnel del Mont Blanc que resultaba esencial para el desarrollo del Mercado Común Europeo, y que se construyó de todas maneras, aunque de antemano se presupuestó la muerte de un hombre por cada kilómetro del túnel construido.
- El segundo mito consiste en suponer que existe alguna ley económica inexorable que nos indique el modo más justo de asignar los costos de los accidentes y, por lo tanto, la principal tarea del jurista consistiría en descubrirla. En este sentido, la teoría económica sólo puede sugerirnos algún método para tomar decisiones, como por ejemplo el mercado, pero esta no es la única matriz adoptable para la toma de decisiones; queda claro que la prostitución o la comercialización

¹⁹⁶ Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (traducción: Joaquim Bisbal), Barcelona, Ariel, 1984, págs. 33 y 34.

¹⁹⁷ Idem, págs. 35-41.

de estupefacientes pueden resultar actividades muy rentables (que brinden muchos más beneficios económicos que costos) y no obstante ello no estamos dispuestos a permitir las. Entonces, la frecuencia con que se adoptan o se ignoran a los criterios del mercado nos dice mucho sobre la cultura y valores de una sociedad. El autor considera que las grandes cuestiones morales deben determinarse políticamente por la sociedad, aun cuando ésta considere que los criterios del mercado son los mejores criterios aplicables al caso.

- El tercer mito consiste en creer que cuando los jueces o doctrinarios hablan de distribuir el riesgo de los accidentes tienen en mente algún fin o función específica; en otras palabras que resulta inequívoco el concepto de distribución del riesgo. En este sentido, Calabresi identifica por lo menos tres ideas bastantes distintas vinculadas con este concepto: el primer significado es referente al mayor fraccionamiento posible de las pérdidas tanto entre personas como en el tiempo; el segundo significado consiste en imputar las pérdidas a aquellos sujetos, categorías de sujetos o actividades que puedan hacer frente a las mismas con mayor facilidad (por ejemplo, los más ricos); el tercer significado supone la atribución de las pérdidas a aquellas actividades que se puede afirmar que las han “engendrado”. Pero quizás el principal problema de estas nociones diferentes sea que en muchos casos resulten incompatibles entre sí, tal vez porque se apoyan en postulados éticos y económicos diferentes.
- El cuarto mito es la suposición de la existencia de un vínculo necesario entre víctimas y victimarios; de modo tal que, dada la ocurrencia de un accidente, sólo sea posible escoger a alguno de estos dos grupos a los efectos de asignar los costes del mismo. Por el contrario, son cuestiones políticas a resolver si los costes de los accidentes deben soportarlos: cada víctima en particular; el ofensor de cada víctima en la medida exacta del daño producido; aquellas categorías de sujetos que

tienen mayores probabilidades de convertirse en víctimas; aquellas categorías de sujetos que tienen mayores probabilidades de convertirse en ofensores; quienes violen nuestros códigos morales (y en cierto sentido pueda denominárselos culpables, incluso con independencia de su participación en los accidentes); quienes en términos estadísticos tienen mayores probabilidades de violar nuestros códigos morales; imputarse al Estado o a ciertos sectores empresarios en particular, conforme a criterios como la solvencia y que pueden ser totalmente ajenos a la intervención en los accidentes; o, finalmente, mediante alguna combinación de estos métodos. Tomando en consideración esto último, Calabresi afirma que no existen límites para la asignación y división de los costes de los accidentes; así, el método que escogamos no hará más que reflejar los fines económicos y morales de nuestra sociedad.

Otra consideración importante es que Calabresi no postula un sistema único para todos los tipos de responsabilidad civil, y afirma con toda claridad que “[u]n sistema que puede ser bueno para los accidentes de trabajo, no tiene por qué ser bueno para los accidentes de tráfico, bien sea porque pensemos que los fines han de ser distintos, bien porque la estructura de las actividades involucradas precise de medios distintos para lograr los mismos fines. Sólo mediante una cuidadosa investigación empírica se podrá determinar el sistema más idóneo para cada sector”¹⁹⁸.

Retomando el sustrato de la propuesta teórica, este autor afirma que la primera función a cumplir por un sistema de responsabilidad civil es ser justo o equitativo, aunque reconoce que el principal problema es que no existe una clara definición de lo justo ni mucho menos respaldos empíricos de lo que debe tenerse por equitativo. Por otra parte, resulta mucho

¹⁹⁸ Ibidem, pág. 33.

más simple señalar situaciones de injusticia que ejemplos de justicia, circunstancias que llevan a algunos autores a considerar que la justicia no es una función de la responsabilidad civil sino un imperativo con virtualidad para vetar sistemas.

La segunda función de la responsabilidad civil consiste en la reducción de los costes de los accidentes, es decir la suma total de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. Esta función, en la visión de esta postura, comprende tres fines¹⁹⁹:

1. Reducción de los costes primarios; es decir, del número y gravedad de los accidentes. Estos costes serían equivalentes a nuestro daño emergente y lucro cesante. La reducción de éstos se puede lograr mediante dos formas básicas: prohibiendo actos o actividades específicas que se consideren causa de los accidentes, o encareciendo a dichas actividades tornándolas así menos atractivas por los mayores costos que el ejercicio de ellas demanda. De esta distinción surgen dos técnicas distintas para abordar la reducción de los costes primarios, ellas son: la “prevención general” o método del mercado y la “prevención específica” o método colectivo.
2. Reducción de los costes secundarios; en este caso se busca reducir los costes sociales derivados de los accidentes. Estos costos se refieren a cómo se pueden afrontar los costos primarios. Este fin supone que una vez producido el siniestro, contamos con dos métodos diferentes para asignar las pérdidas de éstos; ya sea, fraccionando el riesgo o la pérdida; y el método de los bolsillos profundos (*deep pocket*), vale decir, cargar con los mayores costos a quienes cuentan con mayor poder adquisitivo.
3. Reducción de los costes terciarios; en este caso, se busca limitar los costes de administrar el tratamiento de

¹⁹⁹ Ibidem, págs. 44-46.

los accidentes, son los costos de información y transacción. En una palabra, aquí reside el coste de la eficiencia del sistema elegido.

Posteriormente, el propio autor reconoce que estos tres fines no son completamente consistentes entre sí y que su objetivo es básicamente descubrir la mejor combinación entre costes primarios, secundarios y terciarios posible, pero sin olvidar aquellos a los que debemos renunciar para alcanzar la reducción que de esta forma se produciría.

A los efectos de evitar equívocos, Calabresi aclara que “no debemos olvidar que las divisiones establecidas están hechas con un propósito meramente analítico y que la función principal es producir la máxima reducción de la suma del coste de los accidentes y del coste de evitarlos, mediante un medio que sea justo”²⁰⁰.

Finalmente, el autor desaconseja utilizar a la responsabilidad civil para cumplir otras funciones más allá de las expuestas, reconoce que en muchas circunstancias se elaboraron sistemas de responsabilidad civil para subsidiar un incipiente desarrollo industrial, como instrumento para mitigar desigualdades sociales, combatir el desempleo, desalentar los monopolios, etcétera²⁰¹.

Desde el punto de vista de los métodos para reducir los costes de los accidentes es necesario destacar que éstos varían según los objetivos buscados y el tipo de coste involucrado.

El medio principal con que cuenta la sociedad para reducir el coste primario de los accidentes consiste en el disuadir a la gente de realizar actividades que puedan resultar más propensas a causar accidentes, ya sea estimulando su sustitución por otras actividades más seguras, o bien incentivando la realización de las mismas actividades pero bajo una modalidad menos riesgosa. Resulta bastante obvio que ninguna

²⁰⁰ Ibidem, pág. 48.

²⁰¹ Ibidem, págs. 48-50.

sociedad estaría dispuesta a evitar la ocurrencia de accidentes a cualquier precio y, en consecuencia, la prohibición de la mayoría de las actividades con virtualidad para causar accidentes acarrearía una pérdida mucho mayor para la sociedad que los costes de los accidentes que con ello se evitarían.

Para Calabresi existen dos métodos para decidir la delicada cuestión de la reducción de los costes primarios de los accidentes. Por un lado, la “prevención específica” o “método colectivo”, que consiste, fundamentalmente en “decidir de forma colectiva cuánta actividad de un cierto tipo deseamos, quién debe participar en ella y cómo queremos que se desarrolle (...) En cualquier caso, la decisión colectiva debe prevenir sanciones para los transgresores”²⁰². “La aplicación extrema de este método significaría que todas las cuestiones relativas al coste de los accidentes deberían resolverse colectivamente, mediante un proceso político. El beneficio y el coste (incluido el de los accidentes) de cada actividad serían evaluados conjuntamente y, según esta estimación, se fijaría colectivamente hasta dónde debe permitirse cada una y de qué forma debe desarrollarse”²⁰³.

“El otro método (...) consiste en determinar los costes de los accidentes que ciertas actividades pueden causar, dejando, sin embargo, que sea el mercado quien fije el grado y la forma del desarrollo de las mismas que se desea en función de aquellos costes. Con este método la gente es libre de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes de hacerlo incluidos los de los accidentes que eventualmente cause o, conocidos los costes de los accidentes, escoger una actividad menos arriesgada, a pesar de ser menos atractiva”²⁰⁴. Esta es la denominada “prevención general” o “método del mercado”.

²⁰² Ibidem, pág. 83.

²⁰³ Ibidem, pág. 106.

²⁰⁴ Ibidem, pág. 83.

Al abordar la remoción del coste secundario de los accidentes nos encontramos que con mucha frecuencia, para justificar la imputación de los daños en función de criterios objetivos, se recurre al argumento de que las pérdidas “se soportan mejor si se fraccionan entre un gran número de individuos y se reparten a lo largo del tiempo”²⁰⁵, a esto se ha denominado el método del fraccionamiento del daño. Desde el punto de vista económico fraccionar las pérdidas entre muchos individuos es justificable porque es probable que los trastornos económicos sean menores si a muchas personas le son despojadas pequeñas sumas de dinero que si una persona es privada de una gran suma de dinero; incluso si el perjuicio económico total fuera siempre el mismo.

Otro método de distribución social de los daños es el denominado método de los bolsillos profundos (*deep pocket*), ya que según esta noción “el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se imputaran las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas”²⁰⁶. Como lo afirma Calabresi, esto último es una aplicación de la teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero.

Los sistemas principales de distribución de los costes de los daños producidos por los accidentes son tres: la seguridad social, el seguro privado (concentración privada de riesgos) y la responsabilidad de la empresa.

El sistema de la seguridad social es sin lugar a dudas el más atractivo a simple vista, su gran virtud reside en que nos permite alcanzar de modo muy económico el fin deseado, ya se trate del fraccionamiento del riesgo o la aplicación del método de los bolsillos profundos. El propio Calabresi afirma que si la eliminación del coste secundario fuese el único

²⁰⁵ Ibidem, pág. 55.

²⁰⁶ Ibidem, pág. 56.

objetivo a perseguir no habría razones para no seleccionar un sistema de seguridad social que se financiara con impuestos y que cubriera todo tipo de accidentes. Con relación a quienes tendrían a su cargo el pago de los impuestos que financien este sistema, la respuesta varía según el objetivo buscado; si perseguimos un fraccionamiento completo de las pérdidas o buscamos introducir elementos del método de los bolillos profundos ²⁰⁷.

El seguro privado o voluntario es el sistema que se utiliza con más frecuencia para distribuir los costes primarios. En este caso se evidencia un fraccionamiento temporal y personal de los daños; en cierta forma es una manera bastante compleja de ahorrar, con el adicional de que protege al asegurado frente a dos tipos de riesgos: por un lado, tener que sufrir un accidente cuyos costes sean superiores al promedio general y por otra parte padecer estos costes más pronto que la media.

“El concepto de responsabilidad de la empresa abarca, normalmente, dos técnicas de fraccionar los daños de los siniestros, entre los cuales existen profundas diferencias. En realidad, la primera de ellas poco tiene que ver con las empresas, pues consiste en imputar las pérdidas a aquellas categorías de sujetos que tienen una mayor tendencia a asegurarse o, aunque no lo hagan, demuestran una mayor capacidad para establecer una previsión propia adecuada”²⁰⁸. “El segundo sistema consiste en imputar los daños a quienes se hallan en condiciones de transferirlos a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive), alcanzando de esta forma un fraccionamiento de las pérdidas bastante amplio”²⁰⁹.

A primera vista puede resultar que las dos nociones de responsabilidad de la empresa resulten diferentes pero por

²⁰⁷ Ibidem, pág. 61.

²⁰⁸ Ibidem, pág. 65.

²⁰⁹ Ibidem, pág. 66.

el contrario se encuentran íntimamente relacionadas, ya que con frecuencia aquellos que pueden transferir los costes a los adquirentes o los factores de producción (aguas arriba o aguas abajo)²¹⁰ son los mismos que están en condiciones para contratar un seguro o auto asegurarse adecuadamente.

En este estadio del relevamiento del pensamiento de Calabresi resulta menester explicitar que, producido el accidente, el Derecho no puede eludir imputar a alguien sus costes. El ordenamiento jurídico puede realizar alguna de las siguientes asignaciones: dejar que la víctima soporte los costes; imputar a algunos de los sujetos involucrados en el accidente; dividirlo entre todos los sujetos que participaron en el accidente; o bien transferirlos y ponerlos a cargo del Estado²¹¹.

El sistema de la responsabilidad de la empresa actúa en la práctica como un sistema de fraccionamiento semi-obligatorio, pero su popularidad e importancia va mucho más allá. Las empresas tienen una gran capacidad de transferencia de los costes hacia los adquirentes de los productos y/o a los factores de producción empleados, pero este fraccionamiento nunca sería tan abarcativo como lo previsto por el sistema de la seguridad social.

Llegado a este punto, resulta conveniente retomar algo del sistema de Posner; para este autor, la cuestión central a dilucidar en esta materia es: ¿A quién asignamos el recurso del daño (es decir, a quién permitimos o prohibimos la actividad causante de daño)? La respuesta para Posner es muy clara; debemos asignarla a aquel sujeto que lo considere más valioso, ponderado esto bajo un solo parámetro, su capacidad y disposición a pagar más por el recurso en cuestión; es decir, que una actividad se permitirá si, incluyendo su coste

²¹⁰ Se sostiene usualmente que se transfieren costos “aguas arriba” cuando se los descargan en los factores de producción, y si hace lo propio “aguas abajo” cuando se transfieren a los adquirentes.

²¹¹ Idem, págs. 66-67.

social en externalidades, es más beneficiosa que perjudicial. En segundo lugar, para Posner, una vez asignado el derecho a dañar, es necesario reducir al máximo el número y la gravedad de los daños. Para cumplir esta finalidad preventiva hay que responsabilizar de los costes del daño a aquél a quien menos cueste prevenirlo (*cheaper cost avoider*) y esto se consigue, básicamente, con un sistema de responsabilidad por culpa.

Calabresi, en cambio, se formula otra pregunta central: ¿cuáles actividades y qué formas de realizarlas son las que deben permitirse?; en este sentido, afirma que existen dos métodos para resolver esta pregunta como ya hemos visto, la “prevención específica” y la “prevención general”. Pero la imposibilidad y aun inconveniencia de aplicar en todos los casos el “método colectivo” nos pone frente a la situación de reconocer que muchas veces el Derecho se limita, en este método, a poner un precio (valoración objetiva) al derecho a la indemnidad de ciertos sujetos y permitir a otros la “expropiación” de este derecho, contra pago de dicho precio (responsabilidad objetiva). En suma, pues, “o decidimos colectivamente qué actividades merecen desarrollarse (esto es, una decisión colectiva acerca tanto del valor del accidente para la víctima, como del valor de la actividad causante para quien la realiza; lo cual es precisamente lo pretendido mediante la prevención específica o colectiva); o decidimos colectivamente cuál es, de modo objetivo, el coste de los accidentes para las víctimas, y dejamos que sea el mercado quien determine el valor que tiene la actividad causante de los accidentes para quien la realiza.

En este sentido, Calabresi afirmaría que la víctima debería cargar con el costo del accidente sólo si lo pudo evitar en forma más barata, o bien si lo pudo haber previsto o lo pudo haber trasladado en forma más económica.

Queda claro que el AED no brinda una respuesta unánime y contundente en referencia a qué sistema es aquel que asegura una óptima eficiencia. También aquí subsisten diferencias a este respecto.

Kelly, luego de pasar revista a distintos modelos posibles, haciendo una análisis económico de ellos, concluye que

“ninguno de los esquemas vistos asegura una completa eficiencia”, y que en orden a los factores de atribución, tanto el sistema de la culpa como la responsabilidad objetiva “en el único que difieren es en cómo hacen la distribución de la responsabilidad. Ninguno de los dos criterios es, por cierto, económicamente eficaz”²¹².

También Pastor concluye que “no hay un sistema de responsabilidad apropiado para todos los supuestos de responsabilidad de producto. Fuera del mundo de información y seguro perfectos, el carácter bilateral hace aconsejable la responsabilidad objetiva con compensación de culpas; la mayor aversión al riesgo de los consumidores, en comparación con los productores, aconseja la responsabilidad objetiva. Qué regla aplicar es algo que depende de cuán importantes sean las características anteriores en los distintos tipos de riesgo asociado a los productos”²¹³.

El gran desafío de la economía aplicada al ámbito de la responsabilidad civil es encontrar un sistema eficiente, que se verificará en la práctica al descubrir el punto óptimo de precaución que no torne prohibitiva la realización de actividades valoradas socialmente, y que a la vez éstas puedan ser realizadas en un contexto de seguridad razonable.

Desde los aportes formulados por Coase en “*el problema del costo social*”, ha quedado claro que en el contexto de mercados imperfectos las reglas jurídicas no resultan indiferentes. Según la visión de este autor las actuaciones en un mercado perfecto son siempre eficientes en términos de Pareto. En este mercado ideal, sin costos de transacción, las reglas jurídicas serían indiferentes por cuanto cualquiera fuese la asignación de derechos, éstos terminarían siempre en manos de quienes más los valoren. Pero como este mercado sin imperfecciones no se verifica en la práctica, entonces las reglas jurídicas deben servir para alcanzar el estado de cosas al cual

²¹² Julio Alberto KELLY, ob. cit., pág. 356.

²¹³ Santos PASTOR, ob. cit., “Derecho...”, págs. 78-79.

hubiésemos llegado de ser el mercado perfecto. El Derecho es visto desde este prisma como corrector de las imperfecciones del mercado; en este sentido, las reglas de responsabilidad extracontractual deben buscar desarrollar soluciones con resultados análogos a los del mercado.

Entonces, el sistema de responsabilidad civil -cualquiera fuera éste- actúa en el contexto de mercados imperfectos. En razón de esto, poca importancia práctica tiene elucubrar sobre cuál sería un sistema ideal de responsabilidad por productos; pero, en cambio, sí resulta altamente significativo introducir referencias a los costes del sistema estudiado, en particular los costes de prevención y los del daño mismo.

Si las normas se inclinaran por un sistema de irresponsabilidad, no existirían incentivos para el comportamiento diligente y, consecuentemente, existirían demasiados accidentes y daños que terminarían por acabar con la riqueza de una sociedad. En el otro extremo, si la norma jurídica estableciera un sistema de responsabilidad total, los costos del comportamiento diligente serían tan elevados que tendrían un efecto paralizante sobre las actividades, incluso las más valoradas socialmente; en este contexto habría muy pocos accidentes, pero, a la vez, muy poca actividad económica generadora de riqueza.

En este contexto, los estándares y criterios utilizados por los juristas para definir un comportamiento culpable han resultado ser demasiado *vaporosos* o evasivos para aquellos sujetos más inclinados a una reflexión económica y que se abocaran a la búsqueda del punto óptimo de precaución. Por ello, no es extraño que el núcleo del desarrollo del AED aplicado a la responsabilidad civil haya consistido en una redefinición y sofisticación de la fórmula de la culpa establecida por el juez Learned Hand, como hemos tenido oportunidad de ver.

“La particularidad de la culpa como factor de atribución de responsabilidad, es que induce simultáneamente conductas eficientes tanto desde el punto de vista de los actores como de la posible víctima, ya que el liberar a los primeros de res-

ponsabilidad cuando actúan en forma diligente, trasladan a los segundos el riesgo de sus propios actos, en la medida que éstos inciden también en la producción del hecho dañoso”²¹⁴. Esto implica suponer que los agentes, al momento de adoptar cierto nivel de precaución, realizan un análisis de costos-beneficios, de la misma manera que obra un agente económico en el mercado; en consecuencia, nada mejor que evitar las fórmulas *vaporosas* a los efectos de determinar si un comportamiento ha sido culpable y aplicar sobre él un análisis de costos económicos como lo hace la fórmula Hand.

Lo reseñado nos lleva a dar la razón a Calabresi, quien afirmaba a principio de los años '70 que “... en las décadas futuras no habrá una batalla abierta contra el sistema de culpa, sino una guerra más silenciosa en la que se enfrentarán quienes defendiendo los diversos sistemas de la llamada responsabilidad de la empresa, del seguro personal, o del seguro de responsabilidad civil, siempre desvinculados del criterio de la culpa, busquen dar una primacía a la remoción del coste primario de los accidentes y al control del mercado de los mismos, y quienes defendiendo una presencia cada vez mayor de sistemas de seguridad social financiados con los impuestos generales, pretendan dar primacía a la remoción del coste secundario, acompañada quizá de un cierto control colectivo del coste primario. El sistema de responsabilidad por culpa puede salir de esta guerra formalmente ileso. Pero debe estar claro ya desde ahora que la asignación fundamental de los costes de los siniestros no se realizará de acuerdo a este criterio”²¹⁵.

Ello es así dado que el sistema de responsabilidad por culpa intenta, de manera bastante imperfecta, reducir los costos primarios de los accidentes al pretender encarecer las actividades dañosas ejecutadas con culpa o dolo. Desde el punto de vista de los costos secundarios, también se muestra

²¹⁴ Jorge Eduardo BUSTAMANTE, ob. cit., “Análisis económico...”, pág. 177.

²¹⁵ Guido CALABRESI, ob. cit., pág. 318.

como un sistema ineficiente dado que no toma en consideración el fraccionamiento de daños desde el punto de vista de las personas o el tiempo, y tampoco se ocupa de la totalidad de los costos de cargo del victimario. Finalmente, resulta costoso administrar un sistema donde deba probarse la culpa del autor en todos los casos.

Como vimos, el sistema de la culpa se sostiene en pretendidas razones éticas o fundamentos de justicia, de modo que quien causa un daño mediando intención o negligencia de su parte, debe cargar con las consecuencias indeseables de su acción. Pero hete aquí el problema de que el sistema de responsabilidad civil no tiene fines punitorios sino preventivos y reparadores. Entonces, nos encontramos frente a la circunstancia de que la responsabilidad por culpa resulta económicamente ineficiente, incompetente para reducir ninguno de los tres costos de los accidentes, y a la vez incapaz de alcanzar los objetivos moralizadores referidos; al menos, dentro del sistema de responsabilidad civil que no ha sido diseñado a tal fin.

Concluyendo, todavía es un debate abierto en el campo jurídico lo referido a la función del sistema de responsabilidad civil. Queda claro que este no es un debate menor porque “la responsabilidad civil es, más bien, la institución mediante la cual se determina qué daños son compensables, en qué extensión y de qué manera. En este contexto, la decisión sobre la reparación de las consecuencias económicas del daño puede tener diversos sentidos. Los principios u objetivos de la responsabilidad son las razones que sustentan la toma de una decisión particular sobre estos problemas. Las finalidades que mediante las soluciones adoptadas se persiguen son diversas”²¹⁶.

Según la opinión tradicional, el sistema de responsabilidad civil debe cumplir una función compensadora, en el sentido de que debe procurar que las víctimas obtengan una com-

²¹⁶ José Antonio PAYET, ob cit., pág. 602.

pensación por los daños sufridos. Otros consideran que el sistema de responsabilidad civil, además, debe cumplir una función preventiva, de tal modo que debe generar incentivos para que los potenciales causantes minimicen los daños sociales. Finalmente, se encuentran quienes afirman que la responsabilidad civil también debe contribuir a hacer posible una idea de moral social determinada, la de no dejar a los dañadores impunes, buscando básicamente sancionar su conducta antijurídica²¹⁷.

Si bien este es un debate abierto, como señaláramos anteriormente, es una función declarada del sistema de responsabilidad civil según el AED, cumplir con una función de prevención, por lo que tiene mucho sentido utilizar como “pie-dra de toque” la capacidad del sistema para eliminar o reducir los accidentes. Por ello, afirma Pastor que “el valor del sistema debe evaluarse por los resultados que logre en su función preventiva”²¹⁸.

Ahora bien, en términos generales el AED razona de esta manera: si el accidente fuera unilateral, es decir, sólo dependiera del productor y a su vez los consumidores contarán con información perfecta sobre todos los aspectos relevantes del producto, la responsabilidad objetiva induciría al causante a elegir un sistema de precaución óptimo, y el nivel de consumo también sería eficiente dado que reflejaría el valor del bien. Pero lo novedoso es que también sería eficiente el sistema de responsabilidad por culpa, y hasta el sistema de no responsabilidad porque los consumidores no adquirirían los productos más inseguros²¹⁹.

Esta situación sufre importantes variaciones si los consumidores no cuentan con información perfecta; en estos supuestos tanto la responsabilidad por culpa como la objetiva resultan eficientes, pero esta última resulta preferible por-

²¹⁷ Santos PASTOR, ob. cit., “Derecho...”, págs. 58-59.

²¹⁸ Idem, pág. 62.

²¹⁹ Ibidem, págs. 76-77.

que induce a un consumo en cantidades eficientes orientando a los consumidores a través del sistema de precios y disuadiendo el sobreconsumo. Finalmente, la regla de no responsabilidad no resulta eficiente, ni en lo atinente a precaución, ni tampoco en lo que respecta al consumo.

Es menester señalar que en el ámbito de daños por productos, básicamente nos encontramos con accidentes bilaterales; esto es, cuando los consumidores pueden incidir en la ocurrencia del accidente, por ejemplo leyendo los manuales de uso o prospectos, controlando periódicamente el estado de funcionamiento, utilizándolo adecuadamente, etc. En general, la regla de responsabilidad objetiva es ineficiente, dado que no induce a la víctima a un nivel óptimo de precaución; no obstante, resulta eficiente una regla de responsabilidad objetiva que no sea absoluta, sino con el complemento de la compensación o concurrencia de culpas, porque así hace que graviten sobre el consumidor las consecuencias de su propia conducta negligente.

CAPÍTULO 7

NUESTRA PROPUESTA I. ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Introducción

En esta tesis pretendemos ocuparnos de la construcción de una *metanorma*, o más claramente, un conjunto de principios que pudiera determinar el contenido del factor de atribución de responsabilidad extracontractual para los casos de daños ocasionados al consumidor.

Lo que desarrollaremos aquí es lo que Moreso denominaría una *microteoría*²²⁰.

²²⁰ José Juan MORESO, “Cuestiones persistentes y microteorías”, en rev. *Doxa* 25 (2002), págs. 629-635. Este autor expresa que necesitamos “elaborar teorías menos generales, de nivel más bajo, teorías regionales o, por así decirlo *microteorías*. Demos por supuestos algunos presupuestos básicos, y elaboremos concepciones de libertad de expresión, o de las causas de justificación en el derecho penal, o de los vicios del consentimiento en el derecho privado, o de la prueba en el derecho procesal, etc. Estas microteorías servirán como banco de prueba de nuestros presupuestos más básicos, pero nos permitirán debatir temas más manejables y, tal vez, tener mayor audiencia entre los juristas dogmáticos... Por otra parte, enfoques de este tipo nos permitirán unir en nuestra reflexión las cuestiones de teoría de la justicia con las cuestiones más concretas de diseño institucional y, por lo tanto, de teoría del derecho y de teoría de la ciencia jurídica” (pág. 634).

Corresponde precisar que estos principios serán aplicables sólo al diseño de normas que se ocupen de consumidores en tanto personas físicas, dado que nos interesa elaborar una propuesta que fortalezca la personalidad de los individuos en cuanto agentes morales para que la misma no se vea inquietada de modo alguno en el acto de consumo. Entendemos que esta aclaración es fundamental porque toda propuesta debe determinar con precisión los objetivos a alcanzar con el sistema de responsabilidad que se postula.

Luego de trazar un panorama de la particularidad de estos daños, las soluciones propuestas y sus fundamentos, creemos conveniente dejar de lado las tesis jurídicas -tanto públicas como privadas- vistas hasta el presente, por las críticas formuladas en los capítulos respectivos.

Es bastante claro que estamos habituados, en muchos ámbitos científicos, a usar de una teoría que no nos satisface del todo, simplemente porque no tenemos otra mejor. En ese sentido, también aceptamos explicaciones insuficientes porque al menos nos dice algo de la realidad, que otras explicaciones no logran en igual medida. Pero estamos convencidos de que podemos lograr una respuesta satisfactoria a la pregunta que nos formulamos en esta investigación y que ésta se halla en un punto de intersección entre el análisis económico y la justicia distributiva, en razón de lo cual comenzaremos exponiendo nuestra visión al respecto.

En principio, podemos señalar que al mercado le compete la justicia conmutativa, y al Derecho le corresponde garantizar las bases sobre las cuales esa justicia pueda funcionar y hacer efectiva la justicia correctiva y la distributiva.

En rigor de verdad, el mercado por sí solo puede asegurar la justicia conmutativa, claro está, en la medida que funcione de manera correcta (libre competencia). En ese sentido, los intercambios voluntarios mueven a los agentes hacia el óptimo de Pareto, siendo éste su principal y singular valor como espacio de interacción social. Pero tiene sus límites, dado que los fallos del mercado hacen imposible que se constituya en herramienta al servicio de la justicia correctiva. Y

desde el punto de vista distributivo, tampoco cumple una labor destacada porque tiende a perpetuar las asignaciones preexistentes -muchas veces injustas-, de modo que tampoco sirve para equilibrar las desigualdades y volverse un instrumento de la justicia distributiva.

Partimos de la base de que no podremos recurrir a la justicia correctiva para tratar estos daños, en atención a las razones expuestas en el Capítulo 5. Por ello, debemos hacer hincapié en la justicia distributiva como principio rector.

En el terreno de la justicia distributiva, y en el marco de sociedades democráticas y capitalistas, el mercado opera como el principal mecanismo de asignación de recursos, y el Estado, a través del Derecho, interviene de dos maneras:

- 1) Garantizando las asignaciones que se realizan en el mercado, asegurando la *infraestructura* necesaria a tal fin (reglas de propiedad, Derecho de contratos, etc.).
- 2) Corrigiendo las asignaciones del mercado según criterios de justicia. El mercado es una fuente de desigualdades, ya sea porque funciona de manera anormal, o porque en su seno se arrastran diferencias que luego allí se consolidan. Entonces el Derecho debe, por un lado, remover aquellos obstáculos que impidan su normal funcionamiento, y por el otro, desplegar acciones correctivas que excluyan o minimicen las desigualdades injustificadas o arbitrarias que puedan existir, dado que todos somos iguales ante la ley pero no así frente al mercado.

El mercado y el AED

El mercado es el espacio donde interactúan la oferta y demanda de bienes y servicios. El acuerdo de oferentes y demandantes se expresa en el precio de los productos. Para llegar a la fijación del precio intervienen complejos factores, como ser costos de producción y rentabilidad esperada, por el lado

del oferente, y expectativas y valoraciones por el lado del demandante. Finalmente, el mercado asigna los bienes a quienes más los valoran, es decir, quienes están dispuestos a pagar más por ellos.

En el contexto de los intercambios voluntarios que se presentan en el mercado, la transacción es posible porque en algún momento el oferente valora más el dinero que el bien ofrecido y el demandante valora más el bien que su dinero. Esta situación permite que uno se desprenda de dinero a cambio de bienes y viceversa. Estos intercambios contractuales hacen posible que los bienes *circulen* hacia aquellos sujetos que más los valoran.

Así descrito, el mercado se mueve naturalmente hacia la eficiencia logrando una optimalidad paretiana, dado que cada intercambio voluntario que se produzca permitirá que al menos un sujeto mejore su situación, sin que nadie empeore la suya.

Si el mercado fuera perfecto siempre los bienes acabarían en manos de quienes más los valoran. Ese mercado ideal sería plenamente eficiente, y permanentemente se lograría el óptimo de Pareto.

En ese hipotético mercado perfecto, generado por una sociedad ideal, es posible concebir que todas las consecuencias de las interacciones humanas puedan ser acordadas previamente mediante negociación.

En esa sociedad ideal se podrían resolver todos los problemas de interacción social haciendo uso de la negociación, para llegar a acuerdos que disipen las disputas. Esa sociedad no requeriría de la existencia de un Estado fuerte -por ejemplo, hasta los servicios públicos podrían ser prestados de manera privada- y tampoco de un Derecho muy extendido -por ejemplo, no serían necesarias las reglas de responsabilidad civil-.

Pero no existen esa sociedad ideal, ni el mercado de competencia perfecta, ni podrían existir jamás porque en el mundo real se hallan los denominados *costos de transacción*, es decir, los costos de identificar interlocutores y negociar con ellos para llegar a un acuerdo.

En un nivel teórico es posible elucubrar una sociedad donde sólo haya derechos individuales de propiedad, protegidos por las normas jurídicas y disponibles mediante contratos. En esa sociedad, cualquier actividad riesgosa para terceros sólo podría llevarse a cabo en la medida que previamente se haya acordado con todos los posibles afectados.

En ese contexto, podríamos imaginar a un automovilista que previamente negocia con todos los posibles lesionados por su actividad de conducir -por ejemplo, otros automovilistas y peatones-. En ese supuesto, obviamente, no va a acordar atropellarlos a cambio de una suma de dinero, sino que en caso de existir un accidente pactarían previamente la cuantía de la indemnización. En igual forma, podríamos imaginar a un productor que negocia con todos sus potenciales consumidores las eventualidades de un daño derivado del consumo de su producto.

Pero estos procesos de negociación son imposibles en el mundo real, porque los costos de transacción los tornan impeditivos. Entonces, la sociedad puede actuar de dos modos diferentes frente a esta realidad; impidiendo las actividades riesgosas sobre las cuales no es posible acordar previamente con todos los eventuales afectados; o bien permitir las, aun a sabiendas de que los acuerdos previos son imposibles, pero preservando los derechos individuales a través de reglas de responsabilidad civil.

Veamos cómo funciona el sistema de responsabilidad bajo este paradigma.

La Economía parte de reconocer que en el mundo existen necesidades ilimitadas y recursos limitados para satisfacerlos. Ello nos pone frente al problema de la escasez, porque nunca los recursos alcanzarán para satisfacer todas las necesidades humanas.

Pero la escasez no es un problema sólo en términos absolutos, como problema de la humanidad en su conjunto, sino que también debe ser abordado en términos relativos porque no todos los seres humanos afrontamos esa situación del mismo modo; es decir, no todos contamos con la misma distribu-

ción inicial de recursos, ni con las mismas necesidades, ni con las mismas potencialidades, etc.

La cuestión es la siguiente: dada una situación cualquiera de asignación inicial de recursos, la sociedad debe permitir que éstos se dirijan de manos de quienes menos lo valoren a manos de quienes más lo valoren. Es una forma de alcanzar optimalidad en la satisfacción de las necesidades. Pero existen reglas que legitiman el derecho de los sujetos a esa porción inicial de riquezas y regulan el proceso de circulación. Esas reglas son de naturaleza social, de orden político, religioso, económico y, claro está, jurídico. En el campo jurídico las reglas que regulan los Derechos de propiedad, el Derecho de contratos y la responsabilidad civil son las manifestaciones normativas de los *consensos sociales* sobre esas cuestiones.

Dicho de manera muy rápida, los derechos de propiedad -aquí hay que entender esto de manera amplia comprendiendo los derechos reales, creditorios, intelectuales y también los sucesorios- establece quién tiene derecho al acceso a determinados recursos y quiénes no, el Derecho de contratos regula el modo en que los propietarios pueden intercambiar aquellos bienes a los cuales tienen acceso, y el sistema de responsabilidad civil establece las reglas en función de los cuales deben repararse aquellos bienes dañados por quienes no tenían derecho a hacerlo.

Las reglas de responsabilidad estipulan quiénes y en qué condiciones tienen derecho a dañar -el daño en este caso se vuelve jurídicamente irrelevante; por ejemplo, lesiones en el deporte-, quiénes tienen derecho a ser resarcidos en caso de daño, y quiénes tienen derecho a oponerse a la generación de daños.

La responsabilidad civil aparece cuando el contrato no es posible, porque no ha sido dable acordar *ex ante* de los daños, y no resulta viable acordar *ex post* de éstos.

Los *fallos del mercado*, es decir en este caso, los costos de transacción, hacen necesaria la existencia de reglas de responsabilidad civil.

Para el AED la responsabilidad civil es necesaria porque permite la realización de actividades riesgosas, que aun sien-

do eventualmente dañosas, son valoradas positivamente por la sociedad. Por eso es tan contundente la afirmación de Schäfer y Ott cuando sostienen que “las normas del derecho de responsabilidad civil pueden ser entendidas desde esta perspectiva como un instrumento para conseguir objetivos de bienestar para el conjunto de la sociedad”²²¹.

Pero, para cumplir acabadamente con esa función, el sistema de responsabilidad debe ser equilibrado; dado que si se adoptase un principio de responsabilidad total, se estaría volviendo por vía indirecta a las reglas del contrato, en el sentido de que si el autor es responsable necesario de todas las consecuencias de sus actividades riesgosas no hallaría muchos incentivos para realizarlas, y debería acordar previamente con los posibles afectados, lo cual vimos que resulta imposible. Pero el otro extremo tampoco resulta útil, dado que un principio de ninguna responsabilidad -una suerte de *res perit domino*²²² absoluto- afectaría seriamente los derechos de propiedad -y obviamente otros derechos- y volveríamos a la *ley de la selva*, porque cada quien llevaría a cabo la actividad que considere conveniente sin importar a quienes les afecte.

¿Cuál es la mejor solución? La pregunta parece simple, pero su respuesta es compleja. Los economistas, si bien han aceptado la existencia de los *fallos del mercado*, no dejan de mirar al mercado perfecto como un utópico punto de llegada.

²²¹ Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT, ob. cit., pág. 107.

²²² Obsérvese que ese principio se halla vigente pero morigerado en las reglas de responsabilidad tradicional. Expresa López Olaciregui que “La doctrina clásica trabaja sobre la base de la siguiente lógica: si los daños consisten en la pérdida de bienes, y si los bienes perecen para sus dueños, la regla general debe ser la de atribuir jurídicamente la carga del daño a quien de hecho lo sufrió, salvo que hubiera mediado culpa o dolo en quien lo causó, en cuyo caso correspondería que el daño fuera transferido a ese sujeto. Las víctimas son en principio dueñas de sus daños porque fue destino de ellas sufrirlas” (conf. José María LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., “El derecho...”, pág. 113).

Para el AED los costos de transacción son los males que afectan al mercado de competencia perfecta y que el Derecho debe purgar. Las normas jurídicas adoptan así un rol instrumental, como herramientas para el logro de mayor eficiencia económica. Herramientas para acercar nuestros mercados imperfectos al ideal de perfección construido por la Teoría Económica.

Como vimos con anterioridad, para Coase en un mercado perfecto las reglas de Derecho serían indiferentes; sea cual fuere la norma que seleccionemos, siempre los bienes terminarán en manos de quienes más los valoren; pero como el mercado no es perfecto, entonces las reglas de Derecho no son indiferentes, por eso las normas jurídicas deben posibilitar llegar a soluciones lo más cercanas posibles a las que se hubiesen arribado de ser el mercado un mecanismo perfecto de asignación de recursos.

A los efectos de modelizar cómo funciona el sistema desde el punto de vista del AED, podemos graficar la siguiente situación. Como tuvimos oportunidad de ver, en términos generales, un daño es un *anti-bien*, lo contrario de un bien, es decir, un mal, un perjuicio, que independientemente de quien cargue con los costos del mismo significa una reducción de bienes para la sociedad en su conjunto. En general, una comunidad es más pobre después de un daño y ello es así haciendo abstracción de quien resulte ser el afectado. Esto es muy claro cuando se trata de bienes patrimoniales, pero cuando están en juego otros bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial la afirmación deja de ser tan contundente. Porque una sociedad con muchas *víctimas morales* sufrientes y apenadas, es una sociedad peor desde el punto de vista del bienestar, pero no necesariamente más pobre desde el punto de vista económico.

Podemos decir que el daño material empobrece a la sociedad en su conjunto desde un punto de vista económico. Si se destruye un objeto -por ejemplo, un automóvil- y luego se indemniza, la sociedad toda es más pobre, porque ahora hay un automóvil menos como consecuencia del daño. Para decirlo de un modo gráfico, el *stock* de bienes o recursos de la so-

ciudad se ha reducido por efecto del daño. Pero esto es así sólo con los daños materiales, no con los personales -morales-. Al no existir un *stock* de recursos sociales inmateriales, por ser éstos inconmensurables, su lesión o afectación no puede ser cuantificada del mismo modo. Producido un daño moral e indemnizado éste, nadie puede afirmar que la sociedad sea más pobre; en todo caso se ha verificado una traslación de recursos económicos del dañador a la víctima, pero el stock de bienes sociales no se ha visto afectado.

Es posible imaginar un estado de cosas que llamaremos X donde existe una situación de equilibrio, es decir, de inexistencia de daño. Ese estado de cosas puede permanecer así o devenir en Z, que es una situación de existencia de daño. Ahora bien, Z genera un costo -social- consistente en la reparación del daño por parte del agente causal o la asunción de la pérdida por parte de la víctima. Pero permanecer en el estado X también genera un costo consistente en la prevención, en los recaudos que deben tomarse para evitar la causación del daño. La pregunta es: ¿Queremos evitar Z a toda costa?, entonces impidamos la realización de acciones que pueden generarlo -por ejemplo, prohibiendo una determinada actividad-; pero si no queremos prohibir la actividad porque es considerada socialmente valiosa, ¿cómo podemos hacer para que ésta sea realizada de modo seguro, es decir, evitando en la medida de lo posible llegar a Z?, entonces debemos generar incentivos para ello -por ejemplo, imputando responsabilidad a quien realiza la actividad-, pero esto va a significar que si el costo de mantener X es mayor que hacerse cargo de Z, van a existir incentivos para dañar.

Ahora bien, supongamos que A es el agente causal del daño y B la víctima. Según el criterio de imputación subjetiva, A debe hacerse cargo de la reparación del daño sólo si el costo de mantener X fuera menor que afrontar Z. Sería culpable porque es más barato evitar el daño que repararlo. Pero si la situación fuera inversa, B debería cargar con los costos del daño, porque A no podría ser culpado. En este mismo sentido, si tanto A como B pudieran hacer algo para evitar el daño, será considerado culpable de su eventual comisión quien resul-

te ser el evitador más barato (*chepear cost avoider*). La línea fronteriza que demarca los comportamientos diligentes de las conductas culpables, tiene que ver con comparaciones de gastos, y no con deberes abstractos de conducta como en las fórmulas jurídicas.

En sentido contrario a lo expuesto, la imputación objetiva se desentiende del comportamiento del individuo y poco importa si él mismo ha tomado los recaudos necesarios para evitar la ocurrencia del daño. Ello no quiere decir que deje de ser importante comparar costos de evitación y de reparación, sino que dichos análisis se *estandarizan*, y deja de ser relevante lo que haya ocurrido en el caso puntual. Eventualmente, se introducen otras consideraciones como la posibilidad de dispersión de los costos, menores costos de mantenimiento de la administración del sistema, etc.

Como vimos, el concepto económico de externalidad negativa es asimilable al concepto jurídico de daño. Recordemos también que no existe mercado para las externalidades, éstas se hallan fuera del ámbito de los intercambios voluntarios; pero, no obstante, inciden sobre las actividades económicas y por ello constituyen fallas del mercado.

Entonces, la pregunta formulada en párrafos anteriores puede reformularse en los siguientes términos, ¿cuáles externalidades negativas deben ser internalizadas por su autor a través de las reglas de responsabilidad civil? Para ello el AED propone que el Derecho de daños adopte la solución a la cual se hubiera arribado en el mercado perfecto, o al menos la más cercana a ella. Es decir la solución que hubiesen alcanzado el autor del daño y la víctima de éste de haber podido negociar previamente a la ocurrencia del mismo. El Derecho debe “imitar” la solución del mercado, resolviendo su fallo y determinando si estamos frente a un daño resarcible o una externalidad negativa que debe ser soportada por la víctima, sin tener derecho a compensación.

En este contexto, el AED justifica acabadamente que en materia de productos elaborados es eficiente imponer al productor la responsabilidad por daños bajo reglas de imputación objetiva; lo cual constituye una excepción a la regla que

estipula en casos de accidentes bilaterales, es decir, donde tanto el agente causal como la víctima pueden intervenir para evitar el accidente o hacer mermar la gravedad de los daños. Fuera de ésta, siempre aconsejan que se aplique la imputación subjetiva.

Pero en materia de productos elaborados, el AED propone un factor de responsabilidad objetivo, es decir que de modo general, al proveedor se le hará responsable de las consecuencias dañosas de los vicios y riesgos de sus productos, cuales sean los costos *reales* de prevención. Esto también quiere decir que si los costos de prevención son mayores que los daños, estaríamos frente a actividades excesivamente riesgosas y que en consecuencia no vale la pena realizar -aquí operaría la disuasión del mercado-.

El AED básicamente arriba a esta solución porque el proveedor tiene un menor costo de prevención, en comparación con el consumidor; además, conoce mejor el producto y sus riesgos; y, finalmente tiene economías de escala que le permiten absorber mejor los daños (*deep pocket*) o dispersarlos de manera más eficiente (*loss spreading*). Pero también se aclara que no es un sistema de responsabilidad absoluta el que proponen; de hecho, consideran eficiente imponer al usuario los riesgos derivados de la incorrecta utilización del producto, básicamente porque en este caso los menores costos de prevención están en sus manos.

Vale precisar que esta consideración relativa a los menores costos de prevención se halla estandarizada y generalizada para todos los casos, independientemente de que puedan existir situaciones invalidantes. Como tuvimos oportunidad de ver, cuando el AED analiza la existencia de culpa en accidentes bilaterales, realiza un cálculo matemático de modo que será considerado culpable aquel sujeto que haya podido evitar el accidente de modo más económico, ya se trate del agente causal o la víctima. Se evalúa en ambos casos el costo de prevención, menos el costo del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia, y quien obtenga el coeficiente más bajo, será considerado el evitador más barato y, en consecuencia, el *culpable* del accidente.

Como podemos apreciar, la solución propuesta es muy similar a la instrumentada por las normas vigentes en gran parte del mundo. El proveedor carga objetivamente con los *riesgos o vicios* de los productos, pero de manera no absoluta, dado que dicha responsabilidad cede si puede demostrar que la *causa* del daño le ha sido ajena, es decir si puede demostrar una ruptura del *nexo causal* fundada en hechos de un tercero por el cual no debe responder, hecho de la naturaleza o culpa de la víctima; por ejemplo, aquel consumidor que usó el horno de microondas para secar a su mascota y obviamente la mató.

En esta cuestión existe un interesante punto de coincidencia con las teorías jurídicas, especialmente las continentales. Afirmamos esto porque el AED postula la responsabilidad objetiva para los productos elaborados, con exclusión de ella cuando ha existido culpa por parte del consumidor²²³.

Para los economistas, “la responsabilidad objetiva crea incentivos adecuados para que los causantes de daños actúen en forma eficiente siempre que satisfaga a dos extremos. En primer lugar, que los daños y perjuicios establecidos por tribunales sean perfectamente compensatorios de los daños causados, y segundo, que las situaciones comprendidas por este sistema de responsabilidad se refiera a aquélla donde sea preponderante asegurar la precaución de la actora y no de la víctima. Es decir, donde solamente la conducta de una sola de las partes es relevante para evitar la posibilidad de un accidente o disminuir la gravedad de los daños”²²⁴.

²²³ Esta disposición está plasmada en la mayor parte de las legislaciones de países con tradición jurídica romanista; pero valga la paradoja, porque en los países anglosajones, justamente donde nació el AED, al no existir la culpa concurrente se discute si es posible eximir de responsabilidad al productor en caso de existir culpa por parte del consumidor. Cuestión que está fuera de discusión en nuestra concepción del Derecho. Es decir, los juristas continentales, si se quiere más refractarios al AED, estamos en este punto más cerca de las soluciones propuestas por esta corriente de pensamiento que nuestros pares anglosajones.

²²⁴ Jorge Eduardo BUSTAMANTE, ob. cit., “Análisis económico...”, pág. 181.

En consideración a lo antes señalado, el *quid* de establecer parámetros de responsabilidad objetiva en niveles de eficiencia, está dado por la existencia de una de las partes ubicada en inmejorables condiciones de prevenir el daño con relación a la otra; y, por otro lado, que la indemnización sirva para cubrir efectivamente el daño causado (ni en más ni en menos), a los efectos de que el agente internalice todos los costos de su accionar y pueda realizar un correcto análisis de costos-beneficios. De otra manera el sistema sería ineficiente y, en consecuencia, se desalentarían actividades valiosas o bien no se generarían incentivos suficientes para establecer niveles óptimos de precaución.

Como puede apreciarse, tanto en un sistema de responsabilidad basado en la culpa o en una atribución a título objetivo, el agente en cuestión somete su obrar a un cálculo de costos-beneficios.

Resumiendo, en líneas generales el AED desaconseja utilizar el sistema de responsabilidad objetiva cuando ambas partes puedan actuar con diligencia, que es el caso de muchas situaciones de daños al consumidor, creando desincentivos a éste para obrar en un nivel óptimo de prudencia, ya que no internalizaría todos los costos de su obrar.

No obstante ello, se reconoce que los daños al consumidor merecen un tratamiento particular. En tal sentido, los elevados costos de transacción y los fallos del mercado que tuvimos oportunidad de ver, tornan eficiente un sistema basado en la atribución objetiva siempre que se halle sujeto a ciertos extremos como ser:

- Que no constituya un sistema de responsabilidad total.
- Que las indemnizaciones realmente sean un reflejo de los daños causados, y que en consecuencia no sean *sobre* o *sub-valoradas*.
- Que no se atribuya responsabilidad al fabricante en los casos de culpa de la víctima o ruptura de la cadena causal.

Si mirásemos exclusivamente desde la óptica del consumidor, no cabrían dudas que un factor de atribución de res-

ponsabilidad objetivo es aquel que debiéramos escoger en el marco del solidarismo de reglas y, a la vez, el que mayores ventajas le reportaría a éste desde un punto de vista económico. Pero es menester diferenciar distintos tipos de daños y tomar en consideración la aversión a ellos que es esperable obtener del consumidor; en este sentido, seguramente deberá distinguirse entre daños a los derechos de la personalidad -vida, integridad física y moral, etc.- y daños a la propiedad. En ese sentido, el AED no ha sido sensible a esta distinción.

Como vimos en el capítulo anterior, el AED parte de considerar que los agentes intervinientes son neutrales al riesgo. Pero es una afirmación difícil de sostener, porque es bastante claro que cuando se hallan en juego derechos personalísimos existe una gran aversión al riesgo por parte de los consumidores, dado que se afectan sus bienes primarios; en los otros, no. Es lógico que un consumidor presente mayor hostilidad al riesgo de un producto medicinal, cuyo vicio puede causarle la muerte, que al disco duro de una PC cuyo defecto, en el peor de los casos, puede hacerle perder información valiosa.

Hasta el momento, y luego de repasar las diferentes teorías tanto jurídicas como económicas, nos han quedado por ver los criterios de justicia distributiva que, a nuestro entender, nos brindan la clave para establecer un sistema de atribución de responsabilidad compatible con la justicia en el ámbito de los daños al consumidor.

El Derecho y la Justicia Distributiva

Mercado y Derecho obedecen a lógicas o racionalidades diferentes que deben ser articuladas. El mercado ideal es un procedimiento perfecto para lograr la eficiencia, y como idea reguladora puede orientar las decisiones económicas. Sin embargo, resulta exagerado pedirle algo para lo que no está diseñado, del mercado sólo se puede esperar eficiencia -en la medida que funcione de manera correcta-. Sin embargo, la

búsqueda de la justicia es función de las instituciones básicas de la sociedad y éstas son resultado de un proceso político que supone la subordinación del mercado -y la eficiencia- a los fines de la justicia y sus instituciones correspondientes.

Como explica Garzón Valdés, "... el mercado es el ámbito de la negociación y el compromiso es obvio que sólo vale para lo que es negociable y acordable. Y lo negociable y acordable no puede ser decidido en el mercado sino que se requiere la aceptación de un sistema normativo superior. Este es la justicia como virtud social. Sólo desde él pueden formularse los arreglos institucionales que confieren calidad moral al instrumento del mercado. Quien pretenda invertir el razonamiento e inferir valores morales de la actividad incontrolada del mercado habrá de perder su cabeza bajo la guillotina de Hume"²²⁵.

El universo de los daños al consumidor es extremadamente complejo. Intentar encontrar una única y simple solución para todo el sistema caerá necesariamente en la impotencia. La distinción establecida entre daños sociales y daños individuales es sustancial, porque, como vimos en el Capítulo 5, invalida la utilización de criterios de justicia correctiva.

Es relativamente fácil justificar un sistema de responsabilidad cuando los daños de los que trata son el resultado causal de acciones culpables o incorrectas. Pero los daños sociales nos ponen ante al desafío de salir de la -relativa- tranquilidad que nos brinda la justicia correctiva para adentrarnos en campos inciertos donde las fronteras que separan dañador de víctima se nos vuelven esquivas e inciertas.

Ya no podemos hablar sólo de compensaciones, pero no podemos dejar de referirnos a éstas, dado que estamos en el campo de la responsabilidad. La cuestión dista de ser sencilla.

"La fórmula clásica según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (*sunn cuique tribuere*) pone de mani-

²²⁵ Ernesto GARZÓN VALDÉS, ob. cit., pág. 28.

fiesto que el objeto de la justicia no es todo el campo de la moral, sino sólo aquella parte de ella en que están en cuestión repartos y compensaciones”²²⁶. Por ello, para Alexy, “la justicia es corrección (reichtigkeit) en la distribución y en la compensación”²²⁷, porque considera que existe una estrecha interrelación entre ambos componentes.

En igual sentido se manifiesta Campbell cuando expresa que en definitiva, “... todas las cuestiones de justicia son cuestiones de distribución”²²⁸.

Dado que las reglas de responsabilidad influyen en la distribución de la riqueza de la sociedad -al menos entre categorías de actores sociales que interactúan en ámbitos específicos- no puede ser totalmente ajena a la justicia distributiva y aportar al ideal de una sociedad más igualitaria, intentando que, dado un daño, no sean los más desfavorecidos quienes carguen exclusivamente con él, empeorando su situación.

También, podríamos afirmar que cualquier sistema de reglas que establezca -legitime o rectifique- un estado de cosas donde se ha producido alguna clase de transferencia de recursos -por ejemplo, cuando hay daños- no puede ser ajeno a la justicia distributiva.

Según esta visión, la regla de responsabilidad debe procurar que los pobres sean menos pobres y los ricos no tan ricos. Por ello se distinguen dos categorías de sujetos en torno a los daños por productos -proveedores y consumidores- siendo los primeros quienes se encuentran en mejores condiciones económicas, por lo que en ellos se deben cargar los mayores costos de los daños.

Así formulado el argumento no resulta muy atrayente, dado que para los productores es muy simple *eludir* el fin

²²⁶ Robert ALEXY, “La justicia como corrección”, en rev. *Doxa* 26 (2003), pág. 161.

²²⁷ *Idem*, pág. 163.

²²⁸ Tom CAMPBELL, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 14.

distributivo, al incluir los costos de los daños como costes de producción, e incorporarlos al precio de los productos, siendo finalmente los consumidores quienes deban soportarlos.

No obstante, es posible recurrir a una construcción más sofisticada de justicia distributiva, haciendo uso de las herramientas conceptuales utilizada por John Rawls, dado que "... es posible adoptar el enfoque de Rawls en cuanto a la epistemología de la justicia sin ratificar su visión sobre qué es justo y viceversa"²²⁹.

En ese sentido vamos a tomar como punto de referencia su obra *Teoría de la Justicia*²³⁰, y utilizar el contractualismo como metodología, el *velo de la ignorancia* y la regla del *maximín* (*maximum minimorum*).

Rawls se traza como objetivo de determinar cuáles criterios de justicia distributiva adoptarían un conjunto de individuos racionales en un contexto de incertidumbre -a esto llama el velo de ignorancia- en el que desconocen todos los aspectos relevantes que hacen su identidad personal -posición social, sexo, raza, incluso inteligencia o carácter, etc.-.

Según Rawls, los criterios van a ser justos, si el procedimiento mediante el que se los adopta es justo, con independencia de las distribuciones resultantes. Por eso, su teoría es *puramente procedimental*.

Un proceso de decisión puramente procedimental se puede ejemplificar, como señala el propio Rawls, con una apuesta: si un grupo de personas acuerda tirar los dados como medio para distribuir algo, lo más probable es que el resultado beneficie a unos y perjudique a otros, pero nadie podrá decir que el resultado es injusto si todos acordaron previamente el procedimiento de asignación.

Rawls se ocupa especialmente del procedimiento a utilizar para establecer los criterios de justicia. En este sentido

²²⁹ Idem, pág. 101.

²³⁰ John RAWLS, *Teoría de la justicia* (traducción de María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

considera que los individuos acumulan en la sociedad una serie de prejuicios e intereses privados -debidos, precisamente, a su posición económica, clase social, raza, sexo, inteligencia, etc.-, que hacen difícil la elección equitativa e imparcial de algún criterio de justicia. En ese contexto circunstanciado, cada quien elegiría de acuerdo a sus propios intereses, y no los sacrificaría en aras de la justicia. Entonces, para lograr la elección imparcial de principios de justicia, Rawls crea el supuesto de que un conjunto de personas deberán elegir dichos principios, como si se hallaran tras un velo de ignorancia, en la que desconocen el tipo de sociedad en que vivirán, el lugar que ocuparán en ella, su clase social, su sexo, su inteligencia, su raza o cualesquiera otros rasgos personales o sociales que les permitan identificarse con algún interés ajeno a la justicia.

Con el recurso del *velo de la ignorancia*, lo que se impide es que cada quien conozca información relevante sobre su situación particular en la sociedad y sus dotes personales; de esta manera se evita que el compromiso de cada uno sea puesto más allá de la búsqueda de los principios de justicia.

Entre los aportes más sustanciales de Rawls se halla la determinación de poner en la base de su teoría la noción de justicia procedimental pura, donde el *velo de la ignorancia* es lo que la hace posible, ya que los principios de justicia han de elegirse conforme a consideraciones generales donde se han excluido todos aquellos conocimientos que introducirían en la discusión consideraciones particulares. Así, al no conocer su situación particular cada uno se ve forzado a elegir para sí mismo y para todos a la vez.

Según Rawls, los individuos en esta situación, optarían según la regla del *maximín*, es decir, buscarán maximizar (mejorar) la situación de los más desfavorecidos; dado que nadie sabe cuál será su suerte en la sociedad, todo el mundo tratará de elegir aquel principio que le beneficie lo más posible si, al desaparecer el velo de ignorancia, se encuentra entre los más desfavorecidos de la sociedad -por ejemplo; si es pobre, o discapacitado o se pertenece a una minoría discriminada, etc.-.

Esto llevaría a los individuos a elegir un principio de justicia distributiva lo más igualitario posible, puesto que no tienen forma de saber qué será cada quien cuando desaparezca el velo de ignorancia. Dado que desconocen su identidad social y personal, lo más racional sería que elijan el principio de justicia que les proporcione más bienes sociales primarios -es decir, aquellos que desea cualquier individuo racional para llevar adelante su plan de vida- si resulta que se hallan entre los más desfavorecidos de la sociedad.

Si bien Rawls se ocupa de la estructura básica de la sociedad, es posible hacer una traslación de conceptos y utilizar este procedimiento, para establecer reglas de responsabilidad en el caso que nos interesa. Obviamente, no todos estarían de acuerdo con esta afirmación. De hecho, Alan Schwartz, sostiene que no habría razón para ser tan adversos al riesgo y elegir la regla del *maximín* para establecer reglas de responsabilidad por productos elaborados; en cambio, según sostiene, lo racional sería optar por el principio de la maximización de la utilidad y, como consecuencia de ello, afirma que los consumidores no deberían ser indemnizados por daños frente a los cuales no se asegurarían (por ejemplo, daño psicológico o daño moral, en muchos casos). El razonamiento es el siguiente, si no lo adquieren en el mercado es porque no lo valoran, si no lo valoran, entonces, no debieran ser indemnizados en caso de ser dañados en esos bienes²³¹.

La intersección entre el AED y la Justicia Distributiva

Afirmábamos en el Capítulo 5 que Rosenkrantz encuentra un resquicio en los daños por productos elaborados por

²³¹ Alan SCHWARTZ, “Una propuesta de reforma del régimen de la responsabilidad por productos elaborados: una síntesis teórica” en ROSENKRANTZ, Carlos, ob cit., págs. 235-263 (original en inglés “Proposals for products liability reform: a theoretical synthesis”, en Yale Law Journal, February, 1988).

donde se filtra el AED. Como vimos, el problema con ese planteo es que pretende obtener maximización de beneficios, cuando debiera preocuparse primeramente de la minimización de los riesgos, razón por lo cual debiera excluir determinadas cuestiones del cálculo del interés social.

Estamos convencidos de que la contribución más significativa de este autor fue distinguir entre distintos tipos de causación de daños. Pero no fue lo suficientemente sensible a los distintos tipos de daños, tratando con el mismo rigor a daños patrimoniales como a extrapatrimoniales o humanos.

En la maximización de los beneficios, se halla ínsita la consideración de que éstos deben ser medidos en términos económicos, es decir, como bienes. Un bien, por definición, es un objeto susceptible de valoración económica, y no es muy claro que todo pueda ser tratado de esa manera.

Para la visión *economicista* todo es, en principio, un bien; todo puede potencialmente ser comercializado, transado; en definitiva, ser susceptible de consideración pecuniaria. Pero no hay un determinismo cultural que nos lleve indefectiblemente a esta conclusión, por el contrario se trata de una posición ideológica, muy difundida y enraizada por cierto, pero ideológica al fin. Veamos un ejemplo: para los argentinos, las vacas son bienes que, para comenzar no las cazamos, sino que las producimos, reproducimos, manipulamos genéticamente, cambiamos su calidad, su composición orgánica; en definitiva, las tratamos como productos, las industrializamos porque constituyen mercancías, las vendemos y las comemos. Pero en algunas regiones de la India las vacas no son bienes, ya que por razones simbólicas no pueden ser tratadas de esa manera, porque son sagradas, y en consecuencia no poseen valor económico sino religioso²³².

²³² Este ejemplo lo hemos tomado de una conferencia dictada por el Mgr. Fabio Quetglas en la III Reunión institucional del Consejo Superior de la UNNE, realizada en Empedrado (Corrientes) en 2006.

Consideramos que, en algún punto, debemos *sacralizar* determinados objetos, desproveerlos de su valor económico y ponerlos fuera de la ecuación de costos-beneficios.

Estimamos que el error de la teoría de Rosenkrantz es precisamente considerar que todos los daños al consumidor afectan a bienes (entendido en los términos que explicamos más arriba), y por ello considera válido aplicar las recetas del AED en su tratamiento, atento a que no pueden imponer los criterios de justicia correctiva por las razones que vimos.

Creemos que es necesario distinguir entre distintos tipos de objetos susceptibles de daños, y aplicarles distintas *recetas*.

En el universo de daños indemnizables al consumidor, corresponde identificar claramente a daños *intrínsecos* y a daños *extrínsecos*.

Los daños intrínsecos son los sufridos en el propio producto adquirido, en razón de sus defectos, consistentes en su deterioro o destrucción, o en su inutilidad para satisfacer las necesidades a que estaba destinado. En este ámbito podemos encontrar el incumplimiento de garantías, o el régimen de responsabilidad por vicios redhibitorios.

La generación de estos daños otorga derecho al consumidor a reclamar el reembolso del precio pagado, o la sustitución del producto por otro idéntico, o su reparación o, en su caso, exigir la compensación dineraria del menor valor que el producto posea en razón de sus defectos.

Como habíamos visto al principio de este trabajo, estos daños quedan fuera del marco de la responsabilidad civil por productos, porque aquí reparamos en las *cosas* en tanto productoras de daño y generadora de responsabilidad; es decir, no como el objeto del daño sino como *causa* del mismo, o más correctamente como *portadora de la causa* del daño, cual es su vicio o defecto.

Cuando hablamos de daños extrínsecos nos referimos a los sufridos por el consumidor, no en el propio producto adquirido, sino en sus demás bienes, o en su persona. A los primeros podemos llamarlos daños patrimoniales y a los otros daños humanos.

Cuando nos ocupamos de daños a los bienes, es factible hacer uso de la propuesta de Rosenkrantz.

Pero cuando están en juego *objetos* inalienables como ser la vida, la salud, la integridad psicofísica y moral del ser humano (consumidor) es necesario brindarle otro tratamiento. Por la simple y contundente razón de que cada persona posee una inviolabilidad fundada en razones de justicia que no puede ser vulnerada de modo alguno, y una forma muy sutil de hacerlo es incluirla en el cálculo del interés social.

La afirmación anterior debe llevarnos a dar mayores precisiones, a efecto de evitar equívocos. En primer lugar, propiciamos un régimen especial para *objetos* inalienables como ser la vida, la salud, la integridad psicofísica y moral; y por ello, sólo se puede aplicar a daños que puedan afectar a consumidores-personas físicas. En segundo lugar, considerando que se trata de bienes primarios (no económicos) que todos los seres humanos valoramos especialmente, su reemplazo por sucedáneos resulta virtualmente imposible, razón por la cual la indemnización, aunque integral y completa, sólo puede operar a nivel de paliativo. Por ello cobra más importancia la prevención que la reparación.

Haciendo una analogía, podemos apreciar que en el Derecho Laboral, la atribución de responsabilidad por accidente de trabajo es imputable a título objetivo y sólo cabe exonerar al empleador en caso de dolo o culpa grave del obrero.

La cuestión central es que cualquier ser humano que fuera privado de estos *objetos* inalienables está condenado a sobrellevar padecimientos insoportables o a mantener una existencia miserable. Entonces, es dable reconocer que las personas no mantendrían una actitud de tipo especulativa cuando estén comprometidos estos *objetos*.

Es cierto que los daños al consumidor son daños sociales, que la acción de éste puede coadyuvar a la causación del accidente; pero sería necio suponer que estando en juego bienes primarios debiéramos preocuparnos significativamente por la intervención del consumidor en la acción dañosa.

Aquí introducimos el concepto de bienes primarios, que no deben ser entendidos estrictamente a la manera de Rawls;

de hecho, él utiliza un término similar pero no idéntico dado que habla de *bienes sociales primarios*. Cuando nos referimos a bienes primarios, aludimos a aquellos derechos que permiten a las personas desarrollar su proyecto de vida -básicamente puede ser identificado con los derechos personalísimos-, y en tal sentido puede ser asociado a aquellos bienes que posibilitan una *buena vida*.

Bienes primarios son aquellos que garantizan la satisfacción de orden supremo de los intereses de las personas físicas en tanto agentes morales. Se trata de bienes inconmensurables por su propia naturaleza.

Son esa clase de bienes que toda persona consideraría imprescindible para poder desarrollar su plan de vida, más allá de cualquier consideración puntual a este respecto. En tal sentido, no debe ser entendido como una *porción* de bienes materiales, sino como aquellos derechos personalísimos referidos a la vida, la salud, integridad psico-física y moral, que cualquier ser humano racional decidiría preservar ante todo.

Podría decirse que se trata de resguardar la inviolabilidad de la persona, amparando los bienes más sensibles y vulnerables del ser humano. Consideramos que esta propuesta se mueve en dirección a una mayor *humanización* de los daños, lo cual a todas luces constituye un objetivo deseable.

Ese objetivo se enlaza con la concepción que “[l]a tendencia actual del Derecho rescata al hombre como *persona*, de manera integral. No se resguarda únicamente el *bienestar material* sino, con mayor amplitud, la *dignidad y plenitud de la vida*; la cobertura de las necesidades económicas constituye sólo una de las facetas existenciales. Hoy se privilegia lo que la persona *es*, por encima de lo *tiene o puede producir*”²³³.

En este contexto, el contractualismo rawlsiano nos garantiza neutralidad para llegar a consensos -unánimes- que

²³³ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*. t. 4. *Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pág. 83. Las cursivas corresponden al texto original.

nos aseguren la prelación de la justicia sobre cualquier otro valor, como podría ser la utilidad, lo cual redundará en un respeto absoluto hacia el individuo en sentido moral, es decir, no como instrumento al servicio de otros fines sino como un fin en sí mismo.

La lesión de estos bienes primarios comprende los daños a la persona, entre los cuales podemos encontrar el daño moral, daño al proyecto de vida, daño a la calidad de vida, daño a la salud, daño biológico, daño psico-físico, etc.

Es dable esperar que cuando se hallen comprometidos bienes primarios, el consumidor busque la prevención del daño antes que la reparación, es decir, que el daño no se produzca, porque en estos supuestos la indemnización es un pobre sustituto de la vida o la integridad psico-física y moral dañada. En cambio, esta aversión sería mucho menor cuando estén comprometidos sólo bienes económicos, allí el consumidor puede adoptar comportamientos estratégicos -entendidos éstos en el sentido de especulativos- y quedar satisfecho con un sistema de responsabilidad que le asegure reparación plena en caso de daño patrimonial, sin requerir la difícil prueba de culpa por parte del productor.

No parece controvertido sostener que las personas humanas toman sus decisiones en torno a intereses, y que los ordenan en relación de medios a fines. Pero la afirmación de la Economía Neoclásica de que todo ser humano es un racional maximizador de sus intereses, merece algunas consideraciones porque no puede aceptarse sin mayores análisis.

La Economía ha desarrollado el concepto de "*homo economicus*", pero ese *constructo* explicativo de la conducta humana, creado desde el mercado y para el mercado, resulta muy difícil de trasladar sin más a otros ámbitos de la vida de las personas.

Afirmamos esta consideración porque el *homo economicus* es neutral al riesgo, es capaz de manejar datos ilimitados, posee información completa y perfecta, no comete errores lógicos y es consciente de todas las consecuencias de sus decisiones. Todo lo cual está bastante lejos del ser humano de carne y hueso.

No obstante vale precisar que este hombre económico no constituye un modelo descriptivo, mucho menos normativo; sino, como sostiene Resnik, es una “idealización explicativa”²³⁴.

Recordemos que el AED para proponer una solución dada, primero simula una respuesta de mercado perfecto, luego propone la norma que permitiría lograr esa misma situación omitiendo las negociaciones previas. Pero aquí se hace evidente un punto discordante con la ciencia jurídica, porque el *homo economicus*, que sirve de base para esa elucubración, es aquel sujeto racional, egoísta, desprovisto de sentimientos y maximizador de sus beneficios, que tuvimos oportunidad de reseñar en el Capítulo 6.

El *homo economicus* seguramente arribará muchas veces a soluciones que los seres humanos reales difícilmente consideren admisibles, lo cual es perfectamente entendible porque el hombre *real*, a diferencia de aquél, opera con racionalidad limitada e información incompleta, insuficiente y muchas veces imperfecta, en el sentido de incorrecta, y en base a esas limitaciones intelectivas, toma sus decisiones.

Desde un punto de vista psicológico, la racionalidad se puede ver como inteligencia analítica y madurez emocional. En ese contexto se suele expresar que un individuo es racional si toma la mejor decisión dentro del conjunto de decisiones posibles. Esa “*mejor decisión*” puede ser entendida en el marco de dos tipos de racionalidad: en sentido limitado, pensada como maximización de beneficio y en sentido amplio, concebida como optimización de la utilidad. También puede ser vista como un principio de la acción individual, o la colectiva²³⁵.

²³⁴ Michael RESNIK, *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, Barcelona, Gedisa, 1998, pág. 21.

²³⁵ Jorge STREB, “El significado de racionalidad en economía”, en <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/139.pdf> (última visita 17 de Mayo de 2005).

Como expresa Carmen Herrero, “en la Teoría Económica tradicional, los agentes económicos son considerados como *racionales*. El significado del apelativo «racional» se concreta en suponer que el agente, a) tiene objetivos perfectamente definidos, b) actúa con la única motivación de acercarse tanto como pueda a dichos objetivos, y c) posee la habilidad para distinguir perfectamente cuál entre todas sus posibles líneas de acción es la que mejor se adapta a la consecución de sus objetivos”²³⁶.

Vale mencionar que la Ciencia Económica, es consciente de esta situación, que reconoce que el hombre racional y el hombre real no son identificables plenamente, pero aclara que si bien la Sociología o la Psicología podrían ocuparse mejor de desentrañar las motivaciones de los seres humanos y en algún momento predecir con mayor precisión sus acciones, aún no se han logrado grandes avances en la materia. Por ello, mientras tanto, el *homo economicus* a pesar de ser un hombre tipo, paradigmático, abstracto e ideal sigue siendo muy útil para el cálculo económico, sobre todo porque ha demostrado tener valor predictivo en el mundo real.

Efectivamente, ha puesto de manifiesto ese valor, porque los “procesos de selección y de aprendizaje llevan a los humanos a comportarse en multitud de ocasiones «como si» fueran racionales”²³⁷, y por ello es útil para explicar el comportamiento de las economías reales.

Pero la racionalidad económica es una dimensión más de la razón humana, que debe articularse con la dimensión ética del ser humano. En este sentido, la concepción rawlsiana de la persona moral, constituye una fuente de inspiración para

²³⁶ Carmen HERRERO, “Racionalidad individual - irracionalidad social: el conflicto Justicia - Eficiencia”, en rev. *Doxa* 13 (1993), págs. 51-52.

²³⁷ *Idem*, pág. 52. También explica esta autora que la “visión ofrecida por la teoría económica resulta particularmente adecuada en los aspectos *normativos*, en el sentido de que la teoría prescribe que cada agente debería elegir aquella acción que resulte óptima para él, dada la información de que dispone” (pág. 53).

fundamentar una decisión de razón práctica, a la vez razonable y racional.

No obstante, podemos adoptar una versión “*light*” de sujeto racional maximizador de intereses o satisfacciones, entendiendo por ello que toda persona, ante dos líneas de acción alternativas, tomará aquella que -a su juicio- le permita “estar mejor” en algún sentido de ese término. Ese juicio -valorativo- suele ser incompleto, incorrecto, defectuoso, por no contener toda la información relevante, estar viciado por prejuicios o preconceptos, ser errado desde el punto de vista lógico, etc.; pero en todo caso, siempre, un sujeto racional va a intentar “estar mejor”, según la orientación de sus “percepciones” en cada caso.

Dicho en otros términos, no es racional pensar que un sujeto normal -sano mentalmente- buscará deliberadamente perjudicarse, dañarse, o empeorarse, por la simple razón de que los seres humanos somos refractarios al sufrimiento. Puede ser que malas elecciones nos lleven a ese punto, pero la tendencia natural es evitar esa situación.

En este sentido, tampoco parece controvertido sostener que las personas, al tomar decisiones realizan una relación o comparación -no necesariamente un estudio- entre costo y beneficio; pero resulta muy limitado suponer que esos conceptos deben evaluarse únicamente en su faz económica, especialmente cuando el sujeto toma decisiones por fuera del mercado.

Si bien la Psicología no ha podido elaborar aún una teoría general de cómo la gente toma decisiones, ello no quiere decir que el ser humano sea insondable. En este contexto es posible afirmar que si se quieren obtener ciertos comportamientos objetivos de las personas, es posible *incentivarlos* para que los realicen. Incentivar o desincentivar a los sujetos a determinadas conductas supone actuar sobre sus motivaciones.

Y en ese orden de ideas, la Teoría de la Decisión cuenta con un *corpus* teórico que puede sernos de gran ayuda.

La Teoría de la Decisión es el “conjunto de teorías matemáticas, lógicas y filosóficas que se ocupan de las decisiones

que toman los individuos racionales, ya sean individuos que actúan aisladamente, en competencia entre ellos o en grupos²³⁸. Básicamente, se trata de una disciplina que se nutre de los aportes de economistas, matemáticos, estadísticos, filósofos, y científicos sociales. Y si bien, tiene una importante trascendencia en el mundo del Derecho, hasta el momento los juristas han hecho un aporte más bien exiguo a su desarrollo, como escaso es el uso que hacen de esta herramienta de análisis.

Al igual que el AED, es posible dividir la Teoría de la Decisión en dos ramas; una descriptiva que busca descubrir y explicar cómo toman decisiones los seres humanos; y otra normativa que pretende señalarnos cómo deberíamos tomar decisiones a efectos de evitar inconsistencias o errores. Claro está, se trata de puras elucubraciones o, mejor, taxonomías con fines didácticos, porque en la realidad no pueden ser desarrolladas en estado puro.

La propuesta actual no tiene fines descriptivos o normativos, tampoco constituye una hipótesis validable empíricamente, su finalidad es puramente especulativa. En ese sentido, vamos a teorizar cómo decidiría un agente racional interesado por su bienestar, en una situación artificial que le asegure lo que jamás conseguiría en un escenario real: imparcialidad. Lo que asegura esa imparcialidad es, precisamente, el *velo de la ignorancia*.

Las decisiones que nos ocupan les competen a individuos, no a grupos de personas, también vale precisar que utilizamos el término individuo circunscripto a personas físicas. Otra aclaración pertinente es que vamos a utilizar un modelo clásico de racionalidad, atento a que basarnos en teorías alternativas como de la racionalidad limitada de Herbert Simon nos llevaría a los modelos descriptivos como del decisor

²³⁸ Michael RESNIK, ob. cit., pág. 13.

adaptativo o la teoría de la racionalidad ecológica²³⁹ cuyo desarrollo aún es embrionario.

Haciendo una taxonomía muy básica podemos afirmar que “la decisión puede ser *paramétrica* -si el contexto se considera dado, es decir, un parámetro- o *estratégica*, esto es, si las decisiones de los actores son interdependientes, de forma que nuestra decisión dependa de lo que hagan los demás”, y en este contexto “la teoría paramétrica de la decisión (o teoría de la decisión, sin más) aborda la naturaleza formal de las decisiones individuales y analiza criterios diversos de decisión a tenor del contexto informativo en que se desenvuelva el individuo”²⁴⁰.

También es fundamental saber distinguir entre decisiones correctas y decisiones racionales, las cuales no siempre son coincidentes. Las correctas nos permiten acceder a un estado de cosas deseado. En cambio las racionales son aquellas que se toman en base a la información disponible, los riesgos existentes y la mejor adecuación medios a fines. El dilema del prisionero es un ejemplo de esta ambivalencia²⁴¹. Por nuestra parte deseamos arribar a una decisión racional.

En materia de Teoría de las Decisiones, la cantidad de información con que cuenta el individuo para decidirse por una opción u otra es clave. En esta circunstancia radica la distinción entre situaciones de certidumbre, riesgo e incertidumbre.

En la certidumbre tenemos seguridad sobre los resultados, sabemos a ciencia cierta cuáles son y sólo corresponde

²³⁹ Fernando AGUIAR, “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales* N° 8, 2004, págs. 139-160.

²⁴⁰ *Idem*, págs. 141-142.

²⁴¹ Si bien el objetivo de este dilema consiste en marcar las diferencias que pueden existir entre racionalidad individual y racionalidad colectiva, también puede servir para ilustrar sobre decisiones racionales y decisiones correctas.

elegir a aquel que consideremos más deseable. En una situación bajo riesgo no existe seguridad sobre el resultado de la decisión, aunque se conoce al menos la probabilidad de los distintos resultados alternativos. Finalmente en la incertidumbre, la falta de información se halla en los resultados, desconocemos cuáles pueden ser, en razón de lo cual no podemos atribuirles valores probabilísticos o bien podemos saber cuáles son pero no contamos con la posibilidad de predecir su ocurrencia en términos de probabilidades objetivas. Por ejemplo, elegir rendir o no un examen de una materia, es una decisión bajo certeza, sólo basta que me inscriba para poder rendirla; en cambio elegir entre cara o cruz de una moneda, es una decisión bajo riesgo porque desconocemos de antemano el resultado pero conocemos la probabilidad objetiva de las dos alternativas.

Es claro que “la aplicación de la regla *maximín* representa una aproximación de corte conservador a las decisiones bajo ignorancia. Al asumir que, con independencia de lo que se haga, ocurrirá lo peor, la regla *maximín* consigue seleccio-

Según el dilema del prisionero, hay dos sospechosos que son interrogados en celdas separadas.

Si ninguno confiesa, con las pruebas que acumuló la policía ambos van a parar a la cárcel por 1 año.

Si sólo uno confiesa, sale libre por colaborar con las autoridades, mientras que el otro recibe una sentencia de 6 años por no colaborar.

Y si ambos confiesan, la sentencia es de 3 años para cada uno, porque se refuerzan las pruebas existentes, pero se reduce la condena por colaborar.

En este dilema, hay implícita una ley del arrepentido, ya que hay una reducción de penas por cooperar con la justicia.

Desde el punto de vista individual, a cada prisionero le conviene confesar para lograr una rebaja en sus penas (si el otro no confiesa, sale libre en lugar de ir preso por 1 año; si el otro confiesa, va preso por 3 años en lugar de 6). Esta es la parte de racionalidad individual.

Esto los lleva al equilibrio “confesar, confesar”, donde ambos purgan 3 años de condena, en lugar de 1 año. Esta es la parte de irracionalidad colectiva, desde el punto de vista de los prisioneros. Ambos estarían mejor guardando silencio: les conviene el equilibrio “no confesar, no confesar”, para reducir la suma del tiempo que pasan en la cárcel de 6 a 1 año.

nar el acto menos perjudicial de todos. Esta es la mejor opción cuando las pérdidas potenciales son considerables”²⁴².

La crítica que se le hace usualmente a esta regla es su extrema aversión al riesgo, al punto que no permite aprovechar estados de cosas donde las ganancias potenciales son muy superiores a las perdidas potenciales. Se afirma que ésta es la regla preferida de un pesimista conservador. No obstante, entendemos que no se trata de ser pesimista u optimista, sino de ser racionales. Por ese motivo el *velo de la ignorancia* impide conocer también las inclinaciones particulares y los estados de ánimos.

Pero estamos convencidos que con nuestra propuesta conjuramos estos fantasmas, porque vamos a utilizar la regla de la utilidad para bienes económicos y la regla *maximín* para los bienes primarios. Entendemos que es lo que haría una persona racional, es decir de inteligencia normal, autointeresada, preocupada por maximizar sus beneficios, pero sobre todo, prudente.

Desde el punto de vista de la teoría de la decisión cabría preguntarse ¿por qué utilizamos la regla de la utilidad -el AED- para los bienes económicos? En realidad hacemos uso de una variable de utilidad en base al criterio de “razón insuficiente” de Laplace. Según este particular enfoque, en una situación de incertidumbre no tenemos información sobre la probabilidad de la ocurrencia de los resultados, en razón de lo cual más racional no sería ser ingenuamente optimista o pesimista, sino racionalmente criterioso y asignarle a cada valor la misma probabilidad y elegir aquel que nos dé el mayor valor esperado (la mayor utilidad esperada).

Pero también en ese contexto de incertidumbre, una persona razonablemente elegiría tras un velo de ignorancia la regla del *maximín* para el caso de daños personales -propios o de su grupo social- pero podría optar por otras reglas que trasuntan una menor aversión al riesgo para otro tipo de daños.

²⁴² Michael RESNIK, ob. cit., pág. 57.

Coincidimos que “con el criterio *maximín*, Rawls está demostrando que antes que el interés general los individuos en la posición original, siendo personas morales conscientes de potenciales situaciones de conflicto, razonarán sobre los mejores medios para conseguir determinados fines y no sobre una determinada doctrina moral; su racionalidad es instrumental y no cognitiva, no se trata de egoísmo o de altruismo sino de garantizar lo máximo haciendo mínimos los riesgos, y no maximizando la utilidad a pesar de los grandes riesgos; esta posición de extrema prudencia aleja a los agentes bajo el velo de la ignorancia de la posición utilitarista”²⁴³.

Entendemos que es racional que un hombre prudente pensara en diseñar instituciones, como las que se ocupan de los daños y su reparación, esperando lo peor; es decir, en previsión de terminar ubicado como víctimas. Y ello lo debe mover a no tener comportamientos especulativos cuando están en juego los bienes primarios de todo ser humano.

Recordemos que en la posición originaria de Rawls, las personas eligen los principios de justicia detrás de un velo de ignorancia. Los seres humanos no conocen su lugar en la sociedad, su clase social, sus ventajas o capacidades naturales, inteligencia, tampoco su concepción del bien, ni las particularidades de su plan racional de vida o tendencias psicológicas especiales, ni las circunstancias particulares de su propia sociedad. Lo que conocen son los hechos generales acerca de la sociedad humana, comprenden los asuntos políticos y los principios de la teoría económica, y conocen las bases de la organización social y las leyes de la Sociología²⁴⁴.

Con este recurso del *velo de la ignorancia*, Rawls se asegura que el sujeto que va a elegir principios de justicia se encuentre en un estado de incertidumbre. Esa situación especial lo llevaría a elegir según la regla del *maximín*, los dos

²⁴³ María Teresa LOPERA, *Justicia distributiva ¿legitimidad o consenso?*, Medellín (Colombia), Editorial Universidad de Antioquía, 1999, pág. 50.

²⁴⁴ John RAWLS, ob. cit., pág. 25

reconocidos principios de justicia que él propugna para la estructura básica de la sociedad. Es como si ese sujeto racional fuera a elegir los principios que van a regir el diseño de la sociedad, en atención a que luego su peor enemigo se encargaría de asignarle un lugar en esa sociedad. En igual sentido, podría pensarse en que se estuviera negociando con un enemigo el reparto de una torta, correspondiéndonos a nosotros dividirla en dos y a él asignarnos nuestra porción. Pero siendo exactos con el pensamiento de Rawls, si bien en algún momento hace uso del recurso del enemigo, no constituye un elemento central en su línea argumental, simplemente porque no necesita incluirlo en su teoría. La figura del enemigo sólo es un ejemplo posible pero innecesario, dado que existe incertidumbre; daría lo mismo que la asignación de lugares se realizara por sorteo, nadie conoce los lugares existentes en la sociedad, ni siquiera cuántos sujetos la integran. No hay *probabilidades* posibles en la incertidumbre.

Se ha dicho con frecuencia que el criterio *maximín* está basado en una extrema aversión al riesgo. Que un sujeto racional no actuaría de acuerdo con este criterio tan conservador. Pero ponderar riesgos es posible en el marco de probabilidades, no así en la oscuridad absoluta de la incertidumbre. En la incertidumbre y más cuando se hallan en juego *objetos* muy preciados, lo único racional es ser adverso al riesgo.

Como expresa Farrel, la diferencia entre una situación de riesgo y otra de incertidumbre depende del conocimiento de las probabilidades. “Cuando una acción conduce a un conjunto de resultados posibles, y cada resultado ocurre con una probabilidad que es conocida por quien debe adoptar la decisión, estamos en presencia de una situación de riesgo. Cuando una acción conduce a un conjunto de resultados posibles, pero las probabilidades de estos resultados son completamente desconocidas, estamos en presencia de una situación de incertidumbre”²⁴⁵.

²⁴⁵ Martín FARREL, “Rawls, el criterio maximín y la utilidad promedio”, en rev. *Doxa* (2002) 25, págs. 59-60. Este autor aclara que “hay en realidad

Esto nos lleva a suponer que el consumidor obrará con una gran hostilidad al riesgo cuando estén comprometidos estos objetos primarios. Y sabemos fehacientemente que la regla del *maximín*, que vimos al desarrollar las ideas de Rawls, constituye una formulación adecuada para seleccionar normas en condiciones de incertidumbre y existiendo gran aversión al riesgo.

Bajo este supuesto, el consumidor y en definitiva todas las personas, porque “consumidores somos todos en algún momento de nuestra vida y nadie es consumidor de modo permanente”²⁴⁶, en razón de lo cual los productores también son consumidores en algún instante de su existencia, aunque la inversa no vale, optaría por aquellas normas que le aseguren indemnidad de esos bienes, generando todos los incentivos necesarios y adecuados para lograr ese fin. En primer término, asegurando la prevención y, en caso de daño, garantizando la mayor cobertura indemnizatoria posible.

Entonces, un sistema normativo sensible a estas consideraciones distinguiría al momento de establecer los factores de atribución entre sujetos dañados y tipos de daños. Pasando de un sistema como el propuesto por Rosenkrantz, utilizando el AED para la asignación de responsabilidad para los daños a consumidores personas colectivas y para daños materiales a personas físicas, hasta llegar a la mayor protección posible, es decir responsabilidad objetiva total, cuando estén involucrados daños personales de los seres humanos.

Nos preocupa particularmente el tema de la prevención, porque en rigor de verdad el daño es básicamente irreparable en estos casos, lo que llamamos reparación no es más que la traslación de sus costos. La mentada reparación consiste

cinco reglas para adoptar estrategias en situaciones de incertidumbre: a) el maximín; b) maximax; c) el criterio de Hurwicz; d) el criterio de Bayes, y e) la regla del arrepentimiento minimax” (pág. 63).

²⁴⁶ Ángel CARRASCO PERERA *et al*, *Estudio de derecho de consumidores en España*, Castilla-La Mancha, 2001, pág. 11.

en hacer desaparecer los efectos del daño -o al menos alguno de ellos- para la víctima. Hoy es muy claro que los accidentes perjudican a las víctimas y a la sociedad, el daño a la víctima puede ser trasladable, pero el daño para la sociedad permanece siempre, sea la víctima o el autor quien deba hacerse cargo de él.

En términos *ontológicos*, el daño no desaparece, sólo se desplaza. Razón por la cual, ante la amenaza de afectación de bienes primarios de los individuos, el sistema de responsabilidad debe generar los suficientes incentivos a efectos de evitar a toda costa su menoscabo, deterioro o pérdida.

También lo que llamamos indemnización, en realidad poco tiene que ver con la indemnidad *-indemne*, viene de *indamnum*, y quiere decir sin daño-, dado que supone, en la mayoría de los casos, colocar dinero en el lugar donde antes había un bien. Pareciera que en el supuesto de la indemnización hacemos un paralelismo con la contabilidad, y el sistema funciona de manera semejante a un registro contable, donde “sale” mercadería y “entra” efectivo; en este caso, “sale” un bien dañado y “entra” la indemnización, y al final, el saldo da cuenta de la existencia de un supuesto “equilibrio”. Tampoco esto funciona bien para atender a la afectación de los bienes primarios de los individuos. Puede funcionar para dar cuenta de los bienes materiales, pero no es posible extender el análisis más allá de ese punto.

También vale preguntarnos, si al cambiar algunas situaciones referidas a la posición original, ello afectaría la regla de elección. Estamos convencidos de que no sería así; de hecho, podríamos dotar a nuestro decisor de la información adicional y así transformar la situación de incertidumbre en otra de riesgo, pero en ese caso no podríamos dejar de informar que siempre será consumidor y por ende se hallará expuesto a esos daños; en consecuencia, ese simple dato lo llevaría a decidir igualmente según la regla del *maximín*.

Por otro lado, podemos especular en relación con la consecuencia de adoptar una regla alternativa. A tales efectos tenemos al alcance de la mano la propuesta de Alan Schwartz.

Para este autor, si tuviéramos que elegir reglas para regular la responsabilidad por productos, lo tendríamos que hacer basándonos en el principio de la *soberanía del consumidor*; entonces, no deberíamos inclinarnos por *maximín*, sino por otra que maximice la utilidad de las dos partes involucradas -consumidores y productores-. En consecuencia, deberíamos dejar de lado cualquier solución que contemple que siempre debamos compensar a la víctima del daño. Asegurar la indemnidad del consumidor en todos los casos, sería extremadamente costoso, y al final del ciclo, los productores descargarían esos costos “aguas abajo”, redundando en bienes más caros para el consumidor.

Entonces, asumiendo que mayor protección frente a los daños importaría mayores precios. Este autor afirma que los consumidores estarían dispuestos a pagar un precio más alto por un producto determinado, en la inteligencia de que en el precio final se hallarían incluidos los costos de un seguro. Pero ello sólo sería admitido por el consumidor en la medida en que se maximice su utilidad esperada, entendiendo esta afirmación en los términos de la utilidad marginal del dinero.

“Para Scwhartz esta maximización de la utilidad esperada se produce si se cumplen dos circunstancias. En primer lugar, que el daño contra el cual se asegura el consumidor aumente la utilidad marginal del dinero, esto es si después del eventual daño va a necesitar más dinero que antes, por ejemplo para suplantar bienes perdidos. En segundo lugar que el bien perdido sea reemplazable por dinero, porque si no fuera el caso no tendría sentido pagar un seguro, es decir dejar de tener cierta cantidad de dinero hoy, en previsión a una eventual suma de dinero mañana que al fin y al cabo no reemplaza el bien perdido”²⁴⁷.

Resumiendo, Schwartz afirma que en el caso de productos elaborados, los proveedores deberían ser responsables por los daños económicos y los consumidores por el no pecunia-

²⁴⁷ Carlos ROSENKRANTZ (compilador), ob. cit., pág. 45

rio, atento que la indemnización no podría compensar efectivamente lo perdido, como sería el caso del daño moral. Como vemos, una alternativa radicalmente distinta a la aquí propuesta, y que al final deja sin adecuada protección al consumidor frente a la afectación de sus bienes primarios.

Esta disquisición nos lleva al debate de los fines u objetivos que debe cumplir un sistema de responsabilidad civil y, como vimos, este es aún una disputa abierta en el campo jurídico. No caben dudas que debe seguir cumpliendo su tradicional función reparadora, en el sentido que debe procurar que las víctimas obtengan una compensación por los daños sufridos. Pero también debe cumplir una función preventiva, de modo de generar incentivos para que los potenciales causantes minimicen los daños sociales, evitando su causación o limitando su gravedad. Finalmente, se encuentran quienes afirman que la responsabilidad civil también debe contribuir a hacer posible una idea de moral social determinada, impidiendo dejar impunes a los dañadores y así buscar, básicamente, punir sus conductas antijurídicas.

Estamos convencidos de que la finalidad del Derecho de Daños debe ser dual, por un lado reparadora y por otra preventiva. Pero los dos objetivos deben ser considerados en un pie de igualdad y en una suerte de equilibrio permanente, y no como lo ve el destacado jurista López Mesa, quien citando a Fernando Pantaleón, afirma que "... la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación"²⁴⁸.

Debemos ser claros en este punto. Se ha sostenido con frecuencia que la compensación constituye la función básica

²⁴⁸ Fernando PANTALEÓN, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en *La responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 4 (2000), pág. 173 -citado por Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 65-

de la responsabilidad civil, pero "... si lo fuera, el derecho daños no subsistiría: hay otros remedios que compensan daños de mucha mejor manera, más temprana y eficientemente. El seguro, en particular, es una forma mucho más económica de compensar daños, de gestionar organizadamente riesgos y de distribuir los costes de los accidentes que el ejercicio judicial de pretensiones indemnizatorias"²⁴⁹.

Entonces, el valor del Derecho de Daños radica en su capacidad para encontrar puntos de equilibrio entre objetivos que no se subsumen ni se hallan jerárquicamente dispuestos: la prevención y la reparación.

Creemos que parte de la respuesta a esta compleja problemática viene diseñada desde el AED en la versión de Calabresi²⁵⁰; este autor afirma que la primera función a cumplir por un sistema de responsabilidad civil es ser justo o equitativo. En este sentido expresa que "un sistema de responsabilidad civil o en cualquier otro ámbito del derecho privado patrimonial y del Derecho en general, debe ser inicialmente justo y buscar también la eficiencia, lo que se evidencia en que ha de reducir el coste de los accidentes y ha de desalentar las conductas antisociales en el ámbito de la responsabilidad civil..."²⁵¹.

La segunda función de la responsabilidad civil consiste en la reducción de los costes de los accidentes, y comprende el cumplimiento de tres fines:

1. Reducción de los costes primarios, es decir del número y gravedad de los accidentes.

²⁴⁹ Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, ob. cit., pág. 19.

²⁵⁰ Recordemos que en el AED existen dos posiciones bien marcadas. En una de ellas se encuentra Richard Posner, quien se niega a incluir en su análisis elementos no económicos (morales o políticos) y en la otra se halla Guido Calabresi quien postula que el AED es valioso en cuanto herramienta al servicio de metas sociales que podrán estar determinadas por factores tanto económicos como extraeconómicos, e incluye en su propuesta elementos de justicia distributiva.

²⁵¹ Guido CALABRESI, ob. cit., pág. 42.

2. Reducción de los costes secundarios, que busca disminuir los costos sociales derivados de los accidentes. Estos se refieren a cómo pueden afrontarse los costes primarios.
3. Reducción de los costes terciarios; en este caso se busca limitar los costos de administrar el tratamiento de los accidentes, son los costos de información y transacción. En una palabra, aquí reside el coste de la eficiencia del sistema elegido.

Para lograr la reducción de los costes primarios se puede recurrir a dos formas básicas: prohibir actos o actividades específicas que se consideren causa de los accidentes, o encarar dichas actividades, tornándolas así menos atractivas por los mayores costos que el ejercicio de ellas demanda. De esta distinción surgen dos técnicas distintas para abordar la reducción de los costes primarios, ellas son: la “prevención general” o método del mercado y la “prevención específica” o método colectivo.

La prevención específica o método colectivo, consiste en decidir de forma colectiva cuánta actividad de un cierto tipo estamos dispuestos a tolerar, quiénes deben participar en ella y cómo queremos que se desarrolle. Esta resolución se logra a través de un proceso político, por el cual se establecen barreras formales (legales) para realizar ciertas actividades.

El método de mercado o prevención general consiste en determinar los costes de los accidentes que ciertas actividades pueden causar, dejando que sea el mercado quien fije el grado y la forma del desarrollo, que se desea en función de aquellos costes. Con este método la gente es libre de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes de hacerlo, incluidos los de los accidentes que eventualmente cause o, conocidos los costes de los accidentes, escoger una actividad menos arriesgada, a pesar de ser menos atractiva.

En la reducción de los costes secundarios aparece la función reparadora del sistema de responsabilidad civil; se parte de la base que ya se ha producido el daño y, por tanto, se busca asignar las pérdidas que los mismos han ocasionado.

Para lograr la reducción secundaria contamos con dos métodos diferentes: fraccionar la pérdida entre la mayor cantidad de sujetos posibles y repartirla a lo largo del tiempo (*loss spreading*); porque desde el punto de vista económico fragmentar las pérdidas entre muchos individuos es justificable dado que los trastornos económicos son menores si a muchas personas le son despojadas pequeñas sumas de dinero, que si a una persona le es quitada una gran suma de dinero; incluso si el perjuicio económico total fuera siempre el mismo. Y el método de los bolsillos profundos (*deep pocket*), vale decir, cargar con los mayores costos a quienes cuentan con mayor poder adquisitivo (los más ricos de la sociedad); aquí se justificaría por una aplicación de la teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero.

Entonces, es menos distorsivo quitar pequeñas sumas de dinero de muchas personas, que tomar una importante suma de dinero de una o de pocas personas; pero en este último caso, si bien es igualmente distorsivo quitar una suma de dinero determinada a una persona rica o pobre, socialmente es más tolerable hacerlo del rico.

Finalmente, la reducción de costes terciarios se logra a través de un sistema que resulte fácil de administrar e implementar. Es decir, restringiendo los costos de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales que intervienen en la materia.

Las tres dimensiones involucradas en la reducción de los costes de los accidentes están estrechamente ligadas, pero muchas veces resulta poco menos que imposible lograr una compatibilidad perfecta. No obstante, el propio Calabresi advierte que la reducción primaria parece preferible cuando están implicados daños personales, porque en estos casos es muy común que la indemnización no deje a la víctima en el estado precedente al daño, entonces, mirado desde el punto de vista de la víctima, resultaría difícil de sostener que pueda darle más o menos lo mismo que el daño se produzca y se compense, o bien, que no se produzca.

Entonces, la primera pregunta que debemos formularnos es ¿cuáles actividades y qué formas de realizarlas son las que

deben permitirse? En este caso consideramos necesario aplicar el “método de prevención específica”, decidiendo colectivamente qué actividades merecen desarrollarse y para ello debemos tomar resoluciones, básicamente, en torno a la magnitud del disvalor del accidente para la víctima, así como del valor de la actividad dañosa para quien la realiza. En este sentido, guiados por nuestra idea de justicia debemos preservar los bienes primarios de los consumidores, impidiendo el lanzamiento al mercado de bienes y servicios considerados socialmente disvaliosos y que puedan afectarlos gravemente, y rodeando de regulaciones a la producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios socialmente valiosos, pero potencialmente nocivos. En este sentido, deberá hacerse especial hincapié en la seguridad de los productos, teniendo un cuidado casi obsesivo en no alterar la salud de los consumidores.

Decimos que esta labor debe ser resuelta por el “método de prevención específica” porque no es dable esperar que el “método del mercado” resuelva estas cuestiones de tanta importancia por la sola aplicación de la “mano invisible”; porque, seguramente, los resolverá pero *ex post* de los daños, que es precisamente lo que se quiere evitar.

Por otra parte, como lo que buscamos es generar desincentivos a la acción dañosa, no es ocioso pensar en introducir mecanismos idóneos para tal fin, como los daños punitivos -que si bien no forman parte del sistema de responsabilidad civil, apuntan al logro del mismo objetivo de prevención-. Pero esta es una cuestión conexas que no hace al presente trabajo, por lo cual no ahondaremos en su tratamiento.

En líneas generales, la responsabilidad civil tiene por objetivo que cada quien cargue con las consecuencias de sus acciones, entendido esto en el sentido de que sus actividades no repercutan negativamente en los demás, más allá de lo que la comunidad considera tolerable. De ese modo, cuando los potenciales agentes dañadores asumen que deberán internalizar los costes de los perjuicios que causen, se generan los incentivos necesarios para adoptar las medidas de precaución para evitarlos.

Hoy se nos presenta como axiomática la afirmación de que “[l]as personas actúan de forma más prudente, menos arriesgada, si saben que habrán de responder de sus actos que si no han de hacerlo así. Por ello, uno de los instrumentos obvios de que dispone la sociedad para reducir los costes de los accidentes es establecer y aplicar una regla según la cual los causantes potenciales de daños habrán de asumir los costes sociales de los accidentes que les sean imputables”²⁵².

Así aparece los incentivos para lograr la mentada prevención porque “[l]a prevención óptima acompaña a la compensación completa de un daño como la sombra al cuerpo: si quien puede causar un daño sabe que siempre habrá de compensarlo hasta el último céntimo, y que, por tanto, habrá de internalizar los costes generados por el daño mismo y pagar además por los costes terciarios de gestión de la reclamación, actuará en consecuencia: se conducirá con cuidado. Por la cuenta que le trae”²⁵³.

No obstante la atribución de daños no siempre es imputación, es decir, no siempre depende del relato causal²⁵⁴.

Una vez producido el daño queda latente la cuestión referida a quién asignamos la carga de éste. Recordemos que el AED no se pregunta a quién es justo asignarle los daños, sino a quién corresponde hacerlo en virtud de la eficiencia. Como vimos, los sistemas principales de distribución de los costes

²⁵² Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, ob. cit., pág. 14.

²⁵³ Idem, pág. 20.

²⁵⁴ Asumimos que esta afirmación es controvertida y cuenta con duros opositores. En tal sentido, en una reciente *Tratado de Responsabilidad Civil* podemos leer: “Nada más alejado de la justicia que imponer una condena a resarcir a quien no ha tenido, con su conducta, vínculo adecuado de causalidad con el daño. Frente a diversas especies judiciales que aguzan al extremo la responsabilidad, imponiéndola sobre quien en verdad no era responsable, creemos que debe volverse a los cauces clásicos, que giraban sobre el eje de la culpa, si se quiere afinando un poco la apreciación de la relación de causalidad, de modo de juzgar más duramente la negligencia o imprudencia”. Conf. TRIGO Y LÓPEZ MESA, ... pág. 56.

de los daños producidos por los accidentes son tres: la seguridad social, el seguro privado (concentración privada de riesgos) y la responsabilidad de la empresa. Vimos también las dificultades de los dos primeros en el campo de los daños al consumidor; el primero porque no induce a adoptar niveles óptimos de precaución y el segundo no representa una garantía cierta para el consumidor.

Con relación a la responsabilidad de la empresa, consiste en imputar los daños a quienes se hallan en mejores condiciones de asegurarse o anticiparse a los daños, o bien de transferirlos a los adquirentes de los productos -aguas abajo- o a los factores empleados en su producción, es decir, al trabajo y al capital inclusive -aguas arriba-; así, se alcanza un fraccionamiento de las pérdidas bastante amplio.

El sistema de la responsabilidad de la empresa actúa en la práctica como un sistema de fraccionamiento semi-obligatorio por la gran capacidad de transferencia de los costes hacia los adquirentes de los productos y/o a los factores de producción empleados -aunque este fraccionamiento nunca sería tan abarcativo como lo previsto por el sistema de la seguridad social-.

Recordemos que Calabresi considera que la víctima debería cargar con el costo del accidente sólo si pudo evitarlo en forma más económica, o bien si pudo haberlo previsto o trasladado en forma más económica.

Ninguna de estas circunstancias se puede verificar en la situación del consumidor, dado que en muy pocas situaciones este sujeto podrá evitar el daño de manera más económica. Por otra parte, su situación de *inferioridad informativa* difícilmente lo ponga en situación de ser quien pueda prever la ocurrencia del daño de manera determinante y, claro está, tampoco es el mejor situado para trasladar los costos del daño. En razón de ello, se entiende que corresponde asignar los costos del accidente al productor según el sistema de la responsabilidad de la empresa.

Tampoco quedan dudas que administrar un sistema de responsabilidad objetivo, resulta mucho más económico que

otro subjetivo, por lo cual también se estarían reduciendo los costos terciarios.

Ahora bien, la distinción básica entre imputabilidad subjetiva y objetiva, es que ésta se desentiende de la conducta del sujeto; en razón de ello, no puede exonerarse demostrando su falta de culpa.

Entonces, si desatendemos el aspecto volitivo para asignar responsabilidad, ¿en base a qué argumento vamos a hacer responsable de determinados hechos dañosos a un sujeto? El problema principal del factor objetivo de imputación radica en el ámbito personal de aplicación; es decir, quiénes serán considerados responsables. Dado que el sistema de deliberación individual -contrato- se encuentra excluido como una alternativa de atribución de responsabilidad para los daños ocasionados en estos casos; y visto que en este ámbito se ejerce el monopolio de la decisión colectiva -reglas legales de responsabilidad civil-, es de la mayor importancia teórica determinar quiénes serán los obligados a reparar y sobre qué criterios.

Según lo define con meridiana claridad Diez-Picasso, “el daño se pone a cargo de otra persona distinta del que lo sufre porque aquella no hizo lo que debía haber hecho y, si hubiera actuado debidamente, el daño no se hubiera producido”²⁵⁵; en este sentido, citando a Coderch, Castiñeira y Canaris, expresa que el Derecho de daños cumple una función de demarcación; es decir, delimita “fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad”²⁵⁶.

²⁵⁵ Luis DIEZ-PICASSO y PONCE DE LEÓN, ob. cit., pág. 42.

²⁵⁶ Idem, pág. 43.

Esa distinción es de gran importancia para abordar la cuestión central de este trabajo, porque en definitiva se trata de desalentar todas aquellas acciones que puedan implicar afectaciones a los bienes primarios de los consumidores. Una vez superada la visión tradicional, que centraba la responsabilidad civil en la reparación, y asumida la prevención también como una función central, es preciso reconocer que las reglas de responsabilidad inciden en las autolimitaciones que pueden aplicar los agentes a ciertas actividades potencialmente dañosas, ya sea tomando las prevenciones del caso o bien absteniéndose de realizar la acción.

Los principios que deben determinar las reglas de atribución de responsabilidad por daños al consumidor

En función de lo hasta aquí expuesto, estimamos que los siguientes deben ser los principios rectores que deben guiarnos para determinar las reglas de atribución de responsabilidad por daños al consumidor:

- I. La intención dañosa (*dolo*) debe absorber cualquier otro factor de atribución. En este caso, el “*animus nocendi*” -tanto del productor como del propio consumidor- fija el daño en *cabeza* de quien lo causó excluyendo cualquier consideración adicional. Aquí se aplica plenamente la máxima que expresa que “en cualquiera de los casos es aplicable un mismo esquema de solución: con el daño debe cargar quien lo quiso”²⁵⁷.
- II. Básicamente, el régimen de responsabilidad por daños al consumidor debe construirse por fuera de los conceptos de culpa e ilicitud.
- III. El *contrato de consumo* relaciona al vendedor (fabricante o no) con el consumidor-contratante. En cambio

²⁵⁷ José María LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., “El derecho...”, pág. 114.

la relación de consumo vincula a la cadena de fabricación-distribución-comercialización con el consumidor. La relación de consumo no es necesariamente de naturaleza contractual aunque en su interior puedan existir contratos de diversos tipos que vinculen a los actores en cuestión. La responsabilidad del productor debe pensarse en el marco de la relación del consumo y no en el contexto del contrato de consumo.

- IV. En materia de responsabilidad por daños al consumidor, la culpa no opera de modo alguno; y, sólo podría tener lugar al interior de la cadena de responsables, pero nunca frente al consumidor.
- V. La culpa de la víctima sólo debe considerarse como eximente o atenuante de responsabilidad del productor cuando se tratan de la afectación de bienes económicos del consumidor, no así cuando se hallen comprometidos bienes primarios.
- VI. La responsabilidad del proveedor debe ser atribuible a título objetivo; quedando obligado él mismo por haberse producido el daño, por vicio o defecto del producto o servicio que introdujo en el mercado.
- VII. La atribución de responsabilidad a título objetivo para el productor se funda en razones de “evitabilidad”, y asimetrías de información y mayor capacidad de dispersión de costos, debiendo descartarse otras consideraciones como el riesgo creado, enriquecimiento, etc.
- VIII. El sistema de responsabilidad debe propender, ante todo, a la prevención de los daños personales, a través de la disuasión de mercado e, incluso, de la colectiva en los casos más paradigmáticos.

Esta propuesta teórica se inscribe en lo que Nino denomina *jurisprudencia normativa*, es decir aquella “labor intelectual frente al derecho que no se limite a describirlo o sistematizarlo, sino que encare también en forma abierta la

justificación de sus regulaciones y la propuesta de interpretaciones valorativamente satisfactorias”²⁵⁸.

Pretendemos que con esta tesis se logre arribar a puntos de equilibrio entre el Análisis Económico del Derecho y la Dogmática jurídica. También articular un espacio de integración entre responsabilidad civil, protección del consumidor y derechos personalísimos y, a la vez, un diálogo constructivo de estas instituciones con la filosofía moral, a través de la ética normativa.

Estamos convencidos de que resulta plausible que un criterio de justicia intente un doble objetivo; por un lado promover beneficios y por el otro prevenir daños. Es decir, ocuparse de la maximización de beneficios cuando se hallen en juego bienes económicos, pero a la vez la minimización de males cuando se encuentren comprometidos bienes primarios. En ese sentido, la justicia debe abocarse tanto el tratamiento de la distribución de bienes deseados, como de males no queridos.

Finalmente, podría preguntarse si es válido, desde el punto de vista científico, elucubrar sobre lo que haría un sujeto tras el *velo de la ignorancia*. Sí, es fácticamente posible hacerlo, dado que no contamos con información directa acerca de lo que pasa por la mente de esos sujetos. Pero estas preguntas no debieran inquietarnos en demasía, ya que se tratan de cuestiones epistemológicas transversales a todas las ciencias y que se consideran plenamente válidas. De hecho, los zoólogos están impedidos de acceder a la mente de los animales, pero pueden concluir en que ciertos comportamientos agresivos de éstos obedece a la necesidad de *resguardar un espacio territorial exclusivo*. Difícilmente puede probarse que un animal entienda el concepto de *territorio de uso exclusivo*, o distinga un comportamiento *territorial* de otro que no lo sea, pero ello no quita valor científico a la teoría que lo postule.

²⁵⁸ Carlos NINO, ob. cit., pág. 353.

Como toda propuesta teórica para ser aplicada al ámbito humano (social) es perfectible; hasta ahora no ha sido posible encontrar alguna que resulte ser completa y totalmente satisfactoria, objetivo al cual pretendemos aproximarnos.

La cuestión central consiste en comprender que en el imperfecto mundo que nos toca vivir resulta imposible pensar en una combinación óptima de equidad y eficiencia. Por ello, es menester hacerse la idea de que las ganancias en equidad muchas veces deben ser resueltas a costa de pérdidas en eficiencia.

Toda teoría tiene al menos alguna manifestación negativa que causa escozor incluso en quien la sostiene. Y tiene, al menos, alguna manifestación positiva que la hace atractiva aun para quien no es adherente a ella. Esto es una consecuencia de la complejidad de lo humano, por eso a las teorías se las rechaza o adhiere en *bloque*, en función de su *utilidad promedio*, más allá de sus manifestaciones más sobresalientes o aquellas menos deseables.

Algunas posiciones en apariencia similares a nuestra propuesta

Algunos autores parecen acercarse a nuestra postulación, pero su proximidad es más virtual que real.

Así, el reconocido jurista consumerista Gabriel Stiglitz expresa que “es de la esencia del Derecho del consumidor, la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de protección. Se trata de una de las más notables superaciones respecto del Derecho tradicional, que sólo reaccionaba frente a los daños ya producidos... pero en el ámbito de la protección del consumidor, un sistema únicamente sancionatorio sería inadecuado, porque los costos sociales que los accidentes de consumo (los daños derivados de productos, etc.) dejan a los consumidores y al mercado, no son reparables a través de aquellos mecanismos clásicos *ex post facto*. A través del sistema resarcitorio, el daño no se elimina del

mundo de los hechos”²⁵⁹. Vemos cómo el autor tiene puesta la mira en la prevención como objeto económico.

Otro ejemplo es del acreditado jurista francés Philippe Le Tourneau. Este tratadista propone la creación de un derecho de accidentes corporales, cualquiera sea su origen, que serían reparados por un sistema de seguridad social de pleno derecho, pero de forma tarifada; o bien haciendo obligatorio un seguro individual contra accidentes corporales²⁶⁰. Es claro que tiene en vistas en asegurar a las víctimas una reparación la reparación en todos los casos de daños. Podríamos argumentar que si verdaderamente nos preocupa la situación de las víctimas de los daños injustos, podríamos crear un sistema muy simple de reglas que establezca que el Estado, como la organización humana más lograda, tenga a su cargo el deber de reparar los daños.

En este sentido, sería razonable postular la creación de un ente estatal con fondos públicos para hacer frente a los daños (indemnizar víctimas). Pero, en realidad, somos reticentes a esta idea, porque entonces no existirán incentivos para no dañar. Razonablemente a todos nos interesa que en caso de ser dañados seamos resarcidos integralmente, pero antes que esto nos interesa más no ser dañados en modo alguno.

Existen otras visiones, también aparentemente coincidentes, que a poco de analizarlas resultan no ser tales. Por ejemplo, Andorno expresa que en “lo que se refiere al ámbito de los daños por productos elaborados son dos los objetivos principales que se persiguen: reducir los riesgos de productos defectuosos o peligrosos para tales consumidores y usuarios y lograr la indemnización de las víctimas de daños cuando tales riesgos no hayan podido ser eliminados. Por lo demás, el control *a priori* se considera preferible a la sanción a

²⁵⁹ Gabriel STIGLITZ, “La responsabilidad civil por productos en el derecho argentino”, J.A. 80° Aniversario 1998-432.

²⁶⁰ Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil* (traducción de Javier Tamayo Jaramillo), Colombia, Legis, 2004, págs. 51-52.

posteriori y se valora como insuficiente asegurar al público tan sólo una tutela de tipo resarcitorio. En efecto, el ejercicio de una acción de resarcimiento satisface, en la medida en que el daño ya se ha producido, al consumidor individual dañado, pero olvida otros intereses en juego, especialmente el derecho de la comunidad a que los productos sean seguros²⁶¹.

Queda claro que este autor no distingue entre distintos tipos de bienes, al punto que brinda el mismo tratamiento tanto a los daños materiales como personales.

²⁶¹ Luis ANDORNO, ob. cit., "Responsabilidad...", J.A. 1997-III-651.

CAPÍTULO 8

NUESTRA PROPUESTA II DEFENSA DEL CONSUMIDOR. EL CONSUMIDOR COMO VÍCTIMA Y LA PROTECCIÓN DEL DÉBIL JURÍDICO

Vimos en el capítulo anterior que sustentamos un conjunto de principios que deben determinar las reglas de atribución de responsabilidad por daños al consumidor.

Llegamos a estos principios, que axiológicamente consideramos justos, luego de buscar puntos de dialogo entre el AED y la Justicia Distributiva.

Somos conscientes de que el AED es una corriente de pensamiento muy controvertida y rechazada de plano por gran parte de la dogmática nacional. Si bien lo consideramos útil como herramienta, y en consecuencia lo reivindicamos como tal y desarrollamos una defensa de nuestra posición en el Capítulo 8 de Conclusiones, creemos que no corresponde que nos enfraquemos aquí en una defensa de sus postulados y soluciones para justificar parte de los principios que defendemos como tesis. En este capítulo veremos en qué medida es posible dejarlo de lado y, no obstante, arribar a conclusiones similares.

Entendemos, también, que puede resultar vulnerable una tesis fundada, casi exclusivamente en un argumento contractualista para construir un principio de Justicia Distributiva.

Recordemos que hemos adoptado la propuesta metodológica de Rawls, imaginando una hipotética situación previa a

la constitución de la sociedad civil, a través del contrato social. Esta situación, que se denomina *posición original*, se trataría de un estado natural pero no por ello igualitario, ya que las personas no tendrían similar poder de negociación debido a sus desiguales aptitudes naturales, fuerza física, recursos iniciales, etc.

Este estado de naturaleza impediría a los individuos elegir un criterio de justicia imparcial; por el contrario, seguramente plasmaría en el contrato social las ventajas naturales de unos pocos. Para evitar esta consecuencia no deseada, Rawls introduce un nuevo recurso argumental, el *velo de la ignorancia*.

Si las personas se encontraran tras un *velo de ignorancia*, de modo que nadie supiese cuál sería su lugar en la sociedad, su posición, su clase o status social, tampoco su sexo, inteligencia, fuerza física, entre otras consideraciones, ni siquiera sus tendencias psicológicas especiales, se asegurarían las condiciones para un acuerdo justo, para la elección de un criterio de justicia imparcial.

Sabemos que todo argumento contractual se hace merecedor de dos fuertes críticas. Por un lado, como el estado de naturaleza pre-social y el mentado contrato social nunca han existido en la realidad, entonces nadie podría resultar obligado por él. Incluso, si se postula que el contrato es un acuerdo hipotético que la gente hubiera firmado en un estado de naturaleza, entonces resultaría una falsedad por cuanto no es un contrato en sí mismo. En ese sentido, un contrato hipotético, lisa y llanamente no es un contrato.

Entonces, pareciera que la idea de un contrato social sería absurda -si es que se basa en acuerdos reales- o moralmente insignificante -si se basa en acuerdos hipotéticos-.

También podría afirmarse que el argumento contractual es inadecuado, porque al ser una ficción se pueden manipular las distintas variables a discreción a los efectos de llegar a las más diversas conclusiones y esto lo tornaría argumentalmente poco relevante.

No obstante, la tesis del contrato social debe ser interpretada, no como un primer acuerdo real o hipotético para

encontrar los orígenes de la sociedad, o las obligaciones históricas de los gobiernos o de los individuos, sino para conformar la idea de la igualdad moral de los individuos.

Por ello, queremos dejar a salvo que la premisa del argumento contractualista, no es el contrato en sí mismo sino la igualdad. No resultaría suficiente para derrotar esta postura decir que el contrato social es históricamente falso, o que el *velo de la ignorancia* es psicológicamente irreal.

Tampoco sería relevante determinar si la posición original existió alguna vez, o podría llegar a existir; por el contrario, la cuestión a determinar es si es probable que los principios que serían elegidos en ella resulten equitativos dada la naturaleza del proceso de selección.

La idea del contrato nos permite imaginar una situación de igualdad plena a partir de la cual se puedan tomar decisiones. Obviamente la situación es irreal, como irreal es la igualdad plena en el mundo que nos toca vivir; pero no por ello debemos renunciar a elaborar soluciones que nos alejen de nuestro injusto mundo *real* acercándonos al mundo *ideal* en el cual nos gustaría vivir.

Pero, de todas formas, para sortear el argumento de que el contrato hipotético, considerado en sí mismo, continúa siendo una ficción y como tal es dúctil a los intereses de su creador, consideramos conveniente apuntalar la tesis con un argumento de naturaleza diferente. Éste se sostiene en una premisa sustancialmente distinta, donde el punto de partida es la desigualdad y su contexto es el mundo del presente.

La protección del consumidor

Lo que pretendemos en este capítulo es construir otra línea argumental, más familiar a la tradición jurídica continental que, apartada del AED y los principios de Justicia Distributiva, nos permitan llegar a similares soluciones a las propuestas en nuestra tesis.

Para ello, haremos uso de la debida protección al consumidor, pero en una versión -o reconstrucción teórica- diferente a lo que usualmente podemos encontrar en textos de esa materia, dado que a nuestro entender muchas de esas líneas argumentales parecen querer sostenerse en principios autoevidentes, pero que claramente no lo son. Por el contrario, requieren de una sólida fundamentación dado que se trata -nada menos- que de los pilares sobre los cuales se construye la disciplina. En razón de lo expuesto, entendemos necesario apartarnos del *intuicionismo* y construir argumentos sobre bases más contundentes.

En otro sentido, consideramos que debemos apartarnos de las concepciones paternalistas y/o redistributivas que se encuentran en esta materia y que constituyen verdaderos escollos para lograr una teoría consistente.

En primer lugar, concebir al Derecho del Consumo como un ámbito donde conviven ricos productores con pobres consumidores, constituye una taxonomía estéril, porque si lo pensamos así con el objeto de hacer redistribucionismo, hay mucho mejores herramientas para el logro de este loable fin -por ejemplo, menos impuestos al consumo y más impuestos a la riqueza- por fuera de este Derecho.

En segundo término, las orientaciones paternalistas son objetables moralmente. No son concepciones tuitivas sino tutelares, que indefectiblemente en su devenir terminarán buscando proteger al consumidor de sí mismo, de sus propias decisiones. El Derecho del Consumidor, no debe generar -no debería, al menos- una nueva categoría de incapaces. Aunque esta afirmación tampoco debe entenderse en el sentido de que aceptamos sin más el controvertido principio de *soberanía del consumidor*, de hecho, la argumentación que se halla en este capítulo supone una crítica a ese principio.

Volviendo el eje de nuestro planteo, como primera medida corresponde precisar que la protección del consumidor no es propiamente un fundamento de responsabilidad civil pero en este caso opera como tal, al establecer un mandato tuitivo específico en vista de su debilidad estructural en el mercado. En lo que sigue vamos a desarrollar esta idea.

El Derecho del Consumidor es una rama del Derecho Privado Patrimonial de reciente aparición. No obstante, existe mayoritario consenso en torno a su objeto de estudio y lo que podríamos llamar su *supuesto básico subyacente*.

Recordemos que el Derecho del Consumidor ha surgido como una suerte de *estatuto* personal; se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta *nueva disciplina jurídica* es la protección de una categoría de sujetos denominada consumidor o usuario.

Doctrinas vetustas, como el *caveat emptor* (¡cuidado comprador!) del Derecho Romano Clásico que postulaba que el comprador debía estar atento porque se asumía como legítimo que el vendedor pretendería engañarlo, o su casi equivalente del Derecho Germánico antiguo que establecía en una máxima que “*quien no abre sus ojos, que abra su bolsa*”, traspolado a la relación de consumo no hacían más que marcar una posición dura en relación al consumidor a quien no se consideraba un sujeto digno de una protección especial.

En ese sentido, se acepta de modo pacífico que no se trata de un área del Derecho que sea neutral; por el contrario, se entiende que debe cumplir una labor tuitiva, protectora, fundada en razón de las asimetrías existentes con relación a su contraparte, el proveedor.

El Derecho puede salir de su situación de neutral regulador de conductas, y adoptar un rol protectorio, porque la desigualdad o disparidad existente entre las partes no constituye un dato coyuntural o meramente circunstancial. Por el contrario, existirían razones para afirmar que la relación de consumo es una relación asimétrica por su propia naturaleza.

En un principio, el concepto de consumidor estaba ligado al comprador de productos alimenticios y farmacéuticos, llegándose con el tiempo a una concepción más amplia de éste como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada, con lo cual se perfila la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado. En este sentido, en la actualidad podría definirse al consumidor, esencialmente, como toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bie-

nes (cosas o servicios) como destinatario final de ellos; es decir, con el propósito de no volver a introducirlos nuevamente en el mercado. En otras palabras, es el último eslabón en la cadena de producción-distribución-comercialización.

La problemática de la génesis jurídica de la protección del consumidor se centra en algunos dogmas del Derecho Clásico; la autonomía de la voluntad, la libertad contractual asegurada a los contratantes capaces, la culpa como presupuesto de la responsabilidad, la indiferencia de las tradicionales ramas del Derecho Privado (el Derecho Civil regulando la situación jurídica de la persona en abstracto, y el Derecho Comercial preocupado por reglar las relaciones entre comerciantes), etc.

Fue necesario *romper* primero con esos rígidos moldes, antes de obtener un reconocimiento a la existencia de los derechos del consumidor.

Además de los problemas teóricos-jurídicos, también existían problemas de orden práctico-económico, porque paralelamente debía asegurarse el funcionamiento de una economía de mercado, dado que "... si no hubiese mercados funcionando, las reglas para la defensa del consumidor no tendrían ningún sentido. Si no hubiese nada para consumir, o sólo algunas personas tuviesen recursos para hacerlo, no hay nada que proteger"²⁶².

Esos innegables inconvenientes de orden práctico-económico surgen porque la tendencia proteccionista del consumidor ocasiona como contrapartida la existencia de normas limitativas a la actividad empresarial. Aunque es dable destacar que el Derecho del Consumidor nació en el mundo con contornos eminentemente represivos (penal y administrativo) y gradualmente fue tornándose preventivo, a la vista de ciertas características de los mercados -como ser su propia

²⁶² Norbert REICH, "Mercado, Derecho y protección del consumidor. El consumidor como ciudadano", en rev. Derecho del Consumidor N° 10, Gabriel STIGLITZ (director), Rosario, Juris, 1999, pág. 4.

dinámica que los hace veloces, mutables y, en consecuencia, complejos y poco predecibles, las nuevas modalidades de contratación, etc.-

La necesidad de proteger a este sujeto empieza a perfilarse cuando aparecen las primeras disparidades *estructurales* entre consumidor y empresario, y este último puede imponer condiciones al primero, diluyéndose así la paridad entre los contratantes. Esto no quiere decir que el Derecho del Consumidor sea un derecho construido en contra de los proveedores, sino simplemente una nueva *concepción* jurídica que reacciona contra el hecho que ya no convence que sean tratados como iguales ante la ley "... a quienes son diferentes en muchos aspectos sustanciales: necesidades insatisfechas, poder de negociación, experiencia, conocimientos"²⁶³.

Habitualmente se ha sostenido que el consumidor es un sujeto débil, no entendido esto al modo tradicional del Derecho; es decir, como una suerte de incapaz o minusválido a quien deba ponerse un curador a su lado para suplir o perfeccionar su voluntad, sino como débil estructural en el mercado, un sujeto plenamente capaz pero particularmente vulnerable desde el punto de vista negocial. Como tal merece un trato preferencial; que el Derecho le brinde una *coraza normativa* a efecto de *blindarlo* frente a los posibles abusos de su contraparte más fuerte. En el fondo existirían razones de justicia correctora; entendido esto como acciones normativas tendientes a lograr una paridad entre contratantes, que no se verifica en la relación de mercado. El Derecho del Consumidor pretende elevar al consumidor, purgar su situación de inferioridad, para reestablecer el equilibrio en la relación con los empresarios.

En resumen, las consideraciones ya vistas se refieren al consumidor como el sujeto débil de la relación de consumo, y

²⁶³ Jorge MOSSET ITURRASPE, "Introducción al Derecho del Consumidor" en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5 - Consumidores, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág. 11.

se fundamentan en las asimetrías existentes entre los polos de esa relación, la cual deviene en una situación de debilidad estructural en el mercado que no puede soslayarse y debe ser corregida a través de reglas de Derecho.

En apretada síntesis, las asimetrías producen desigualdad, y ésta genera debilidad. Sin dudas, el tratamiento de la debilidad es el gran tema del Derecho del nuevo milenio.

El concepto de debilidad jurídica es reciente en el mundo del Derecho, produciéndose su consagración a través de la génesis del Derecho Laboral. No obstante, la evolución jurídica no se produce a los saltos, y podemos afirmar que la noción de debilidad yacía soslayada en el concepto del incapaz de hecho. La noción de *debilidad negocial* es la que sirve de sustento al concepto de incapaz de hecho; luego, esta noción se transforma, se autonomiza y crea una categoría jurídica propia.

Paralelamente, desde el campo del Derecho Obligacional se venía gestando un proceso similar. En este sentido se manifiesta Lorenzetti, al afirmar que “la existencia de principios de interpretación a favor del deudor evolucionó hacia el *favor debilis*, a favor del consumidor, y luego a favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado. Esta extensión provoca que el Derecho Privado asuma un carácter defensivo del individuo en general...”²⁶⁴.

Como afirma este prestigioso jurista, en el Derecho primitivo el acreedor tenía un derecho de señorío sobre la conducta del deudor, incluso sobre su persona y su familia. Más que una persona obligada, el deudor era casi un objeto, una cosa. A partir de esta concepción tan dura e inhumana se empieza a gestar un proceso de cambio, que se inicia con la *ley poetelia papiria* del Derecho Romano y se consolida con el Derecho Canónico. Este proceso de cambio se basó en un

²⁶⁴ Ricardo Luis LORENZETTI, ob. cit., *Las Normas...*, pág. 97.

criterio de *benignitas* y se plasmó en los principios de *favor libertatis*, *contra stipulatorem* y *favor debitoris*²⁶⁵.

Según el principio del *favor libertatis*, toda cláusula confusa debe ser interpretada en sentido favorable a la liberación del obligado (el deudor). La regla *contra stipulatorem* afirma que la interpretación de cláusulas oscuras o ambiguas nunca pueden favorecer al sujeto que las haya introducido en los contratos y, finalmente, la regla *favor debitoris* establece que en caso de dudas, la interpretación debe hacerse en favor del deudor y de su liberación.

En especial el último principio reseñado, era a la vez interpretativo e integrador, y funcionaba razonablemente bien en un mundo donde el deudor era el sujeto débil de la relación jurídica. Pero luego empezaron a surgir *anomalías* significativas que invalidaban la regla; en particular, la revolución industrial y el aumento del trabajo en relación de dependencia generó la denominada *cuestión social* y, en su seno, un nuevo fenómeno en torno al salario: los obreros como acreedores débiles y los empleadores como deudores fuertes. Este fue el primero y más significativo caso invalidante de la fundamentación de la regla *favor debitoris*; con posterioridad, otras situaciones similares vinieron a engrosar la lista.

Esto llevó a redefinir el *favor debitoris* tornándola en *favor debilis*; es decir, consagrar un principio protectorio del *débil* en la relación jurídica, sin reparar en la circunstancia de su calidad de sujeto activo o pasivo de una relación bilateral (obligacional). Además, desde otro punto de vista, se puso en consideración que la calidad de deudor o acreedor eran simples datos coyunturales, cuando lo que realmente importaba era la posición estructural del sujeto en el mercado y de allí la determinación de su debilidad o fortaleza, que luego se ven reflejados en todos sus actos; así cobra sentido reparar en la calidad de trabajador y, posteriormente, la de consumidor.

²⁶⁵ Idem, págs. 98-103.

La debilidad es un concepto relacional y contextual. No existe la debilidad en abstracto, sino en relación a otros sujetos y en referencia a un determinado contexto. Por eso expresa Crovi que una "... dificultad para calificar la debilidad la presenta la posición relativa de las partes según los distintos momentos de la dinámica contractual. Una persona en posición de inferioridad en el momento de la negociación o la conclusión de un contrato puede mejorar de posición con el tiempo"²⁶⁶.

Entonces, ¿cómo se soluciona esa cuestión?, ¿cómo opera el Derecho frente al supuesto de la debilidad? De la misma forma que se ocupa de otras nociones jurídicas. Crea categorías en abstracto, generalizando a todos los sujetos comprendidos las propiedades caracterizantes de su clase, haciendo caso omiso del caso empírico concreto que pueda invalidar la regla. Así, puede darse el caso de consumidores que sean negocialmente más fuertes -tanto desde el punto de vista económico como de la información- que el empresario y, no obstante, el Derecho del Consumidor se le aplica del mismo modo que al resto. Imaginemos que Bill Gates ingresa a un local de venta de PC, con la intención de comprar una *notebook* para consumo privado; desde el punto de vista económico es más fuerte que el dueño del local, y también lo es desde el punto de vista de los conocimientos técnicos, pero resulta merecedor de toda la protección que el Derecho del Consumidor tiene prevista para el supuesto del contratante *débil*. Puede que no estemos de acuerdo con algunos casos concretos pero de esta manera funcionan los sistemas conceptuales que, por lo demás, se basan en sistemas de generalizaciones de los caracteres de un *contratante medio*, lo que se define como una propiedad caracterizante de la *tipicidad*.

No puede desconocerse que la justificación de la existencia de categorías cerradas tiene un sustrato económico; dado que ante los altos costos de investigación de caso por caso,

²⁶⁶ Luis CROVI, "Los consumidores y otros débiles contractuales", J.A. 2003-I-1154.

resulta preferible establecer tipologías básicas, aun admitiendo que puedan existir situaciones puntuales que escapen al patrón general. Sobre esas bases conceptuales puede considerarse razonable cerrar el debate y asumir que todos los consumidores se encuentran en una situación desfavorable, en comparación con los empresarios.

Estamos convencidos de que confrontar nuestras justificaciones -y no limitarnos a aceptar las postulaciones de modo dogmático- debe llevarnos a un entendimiento más profundo de las instituciones jurídicas. Y esa claridad debe permitirnos arribar a soluciones más adecuadas, entendido esto como más consistentes con nuestras convicciones y objetivos.

Según está línea argumental, las razones por las cuales el consumidor tiene derecho a una protección especial -en cuanto a los daños se refiere-, no es diferente a las razones por las cuales debe protegerse en general al consumidor en el Derecho²⁶⁷. Vale decir, la razón principal se encuentra fundada en la debilidad jurídica de éste.

Ingenuamente podríamos afirmar que si concluimos que el consumidor es un débil, sólo nos queda un paso para establecer que es función del Derecho otorgarle una protección especial, obligando a los productores a asegurar la indemnidad del consumidor frente a los daños, dado que éstos constituyen la *contraparte fuerte* de la relación de consumo.

Algunos podrían considerar que esta explicación resulta insuficiente, dado que aún queda por explicar cuáles son las razones por las que hay que proteger al débil, en consideración que estas razones no son por sí mismas evidentes. Podría preguntarse por qué no proteger al fuerte; en este caso se trataría de un Derecho mucho más “natural”, incluso de

²⁶⁷ Coincidimos con Payet cuando afirma que “el tema de la responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos, pertenece al Derecho Civil y, dentro de éste, específicamente, a la responsabilidad civil, que se convierte, así, en un medio para lograr la efectiva Protección al Consumidor”. Conf. José Antonio PAYET, ob. cit., pág. 28.

reglas más simples y operativas; se trataría de un derecho más fácil de aplicar, y por ende, con mayores dosis de eficiencia. Al comprometerse con el débil, el Derecho actúa *contranatura*, robustece al desfavorecido, le provee de una *coraza jurídica* especial, lo eleva, e intenta ponerlo en paridad con el fuerte; pero para ello debe crear un sinnúmero de normas e instituciones jurídicas, a la par de las estructuras necesarias para hacerlas efectivas.

Ante estos cuestionamientos cabe la pregunta ¿cuál es la razón que justifica la protección del débil? La razón es sólo una: la igualdad ante la ley. Evidentemente, esta igualdad es artificial, es una construcción -o más bien, una aspiración- del Derecho, que no se halla en el estado de naturaleza. La igualdad opera en el campo prescriptivo, pero reconociendo que en el ámbito descriptivo lo que impera es la desigualdad; por ello el Derecho debe actuar e intervenir a efectos de igualar.

Como explica Javier de Lucas, “la afirmación abstracta y universalizante de la igualdad de todos ante la ley, es idéntica al principio de justicia como imparcialidad”²⁶⁸. No obstante, este principio es útil como fundamento a la igualdad formal, a la no discriminación en función de diferencias consideradas jurídicamente irrelevantes (como raza, religión, sexo, etc.), pero no nos sirve para justificar la discriminación positiva o inversa, como es el caso de la protección del consumidor.

Las políticas de discriminación positiva o inversa “se dirigen a restañar los efectos de desigualdades previas, duraderas y que afectan a los individuos que pertenecen a determinados colectivos que, por ciertas características, padecen históricamente una situación de grave desventaja”²⁶⁹. En estos casos, se aspira a lograr una igualdad material a través de la diferencia de trato. Queda claro que no se trata de una discriminación basada en la compensación, atento a que ello

²⁶⁸ Javier DE LUCAS, “La igualdad ante la ley”, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11 - El derecho y la justicia, pág. 496.

²⁶⁹ Idem, pág. 497.

supondría un juicio de responsabilidad que no corresponde realizar en estos casos, sino más bien se halla fundada en razones tales como “evitar la exclusión, para producir integración igualitaria, equilibrio social, exigencias derivadas de la igualdad, pero también de la solidaridad...”²⁷⁰

Ahora bien, concluir que una categoría de sujetos se halla en una situación determinada sólo sirve para hacer taxonomías; es decir, no va de suyo que existan remedios estándares para resolver su problemática. Para ello, debe precisarse con el mayor detalle la naturaleza del problema a efectos de aplicar el remedio adecuado.

Si bien es cierto que los consumidores son débiles estructurales, no da igual que esa debilidad se funde en su poder económico, nivel de organización o acceso a la información.

Se sostiene que el consumidor es un débil jurídico, pero verdaderamente ¿En qué radica su debilidad? Se afirma usualmente que la debilidad del consumidor es estructural²⁷¹ y ello es una consecuencia de su poca cohesión como grupo social²⁷² -atomización-, dada, en primer lugar, por su alta heterogeneidad y gran dispersión, que elevan considerablemente cualquier costo de transacción en miras de trazar objetivos y planes de acciones comunes; también están presentes las asimetrías de información, que se verifican con relación con los empresarios-proveedores, así como los diferentes poderes de negociación y la existencia de ciertas *fallas* del mercado, que lo tienen como sus víctimas predilectas (por ejemplo, los monopolios)²⁷³.

²⁷⁰ Ibidem, pág. 498.

²⁷¹ Norbert REICH, *Mercado y derecho* (traducción de Antoni Font), Barcelona, Ariel, 1985, págs. 158-164.

²⁷² Mancur OLSON, “La lógica de la acción colectiva”, en Sebastián SAIEGH y Mariano TOMMASI, (compiladores), *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, págs. 37-62.

²⁷³ De manera más analítica, Fresneda Saig y Frustagli explican que la “debilidad que afecta al consumidor puede ser ‘inherente’ -si se vincula con la

Analicemos con detenimiento esas circunstancias. Podemos apreciar que los desequilibrios entre consumidor y empresario se basan en razones diversas, como ser disparidad en la aptitud negocial, poder de mercado, capacidad económica, acceso o manejo de información, etc. Mucho podríamos decir al respecto y mucho podría ser objetado también, pero no pretendemos centrar el análisis en una suerte de juego dialéctico que ponga en contraposición a ricos contra pobres, o poderosos contra desposeídos. Este no es el ámbito para desarrollar nuestra posición al respecto, sólo valga mencionar que consideramos un error conceptual plantear la situación en estos términos, siendo que existen razones de mucha mayor entidad para ser tenidas en cuenta. Nos referimos a la disparidad existente entre consumidores y proveedores, fundada en razones de acceso y manejo de información.

Es indudable que existe mayor *poder de mercado* en manos de proveedores que de consumidores, lo cual se traduce en mayor capacidad negocial, y también es cierto que esa disparidad puede devenir en abusos de la posición dominante. Pero esa constituye una mirada sesgada de la realidad, porque en la medida que exista libre competencia y el consumidor pueda elegir, entonces no tiene por qué hacer frente a un dilema de hierro como: “consumir bajo las condiciones leoninas fijadas por la empresa o no consumir”. Si nos hallamos frente a un mercado razonablemente competitivo, esa asimetría negocial va a existir pero no va a ser determinante. El Derecho no debe preocuparse del *purismo* de lograr relaciones paritarias en todas las situaciones, sino de las consecuencias o efectos negativos que se puedan generar en relaciones no igualitarias.

ignorancia o falta de conocimientos sobre circunstancias relativas al objeto del contrato o al régimen jurídico que rige determinado negocio- o ‘relativa’ -cuando resulta de la superioridad económica de los empresarios, de la propia situación de necesidad del consumidor, o de la conjugación de ambos factores”. Mónica FRESNEDA SAIEG - Sandra FRUSTAGLI, “La expansión de la eficacia del contrato en la ley de defensa del consumidor”, en J.A. 1997-III-672.

Más allá de ciertas *patologías* del libre mercado, como ser los monopolios -que generan distorsiones reales pero que no constituyen la regla-, estamos convencidos de que ese mayor poder es una consecuencia del dispar acceso y manejo de información por parte de los sujetos de la relación de consumo. La información asimétrica (imperfecta) da lugar a relaciones asimétricas (imperfectas).

Entonces, si el desigual poder de mercado es, en alguna medida, parasitario del acceso a la información, incautamente podría pensarse que esta carencia se suple brindando información suficiente y adecuada al consumidor. De esa manera, todo el Derecho del Consumidor no debería ser más que una herramienta al servicio de la provisión de información veraz y completa al consumidor. Pero esto no es más que una ilusión.

Sostenemos esto porque existen tres grandes problemas, o familias de problemas, que impiden lograr la *paridad informativa* entre consumidor y proveedor. Supongamos que sea posible brindar toda la información relevante al consumidor sobre el bien adquirido; en ese sentido, veremos que cuanto más complejo sea el producto, más extensa será la información que deba proveerse. Podríamos llegar a imaginar que cada bien sea acompañado por un *libro* explicativo, y ello igualmente no solucionaría el problema de fondo, primero porque no todos los consumidores estarían en condiciones *intelectuales* de entenderlo -por ejemplo; ancianos, menores, incapaces, etc., quienes no obstante son consumidores- y segundo porque, en general, de todos aquellos que se encuentren en condiciones *teóricas* de entenderlo muchos no se encontrarían en condiciones *reales* de *asimilarlo*. Entonces, ya sea por razones de capacidad intelectual, o posibilidad fundada en limitaciones de tiempo o lo que fuere, jamás el consumidor en su condición de profano podría ser equiparado al proveedor, que es un profesional.

En líneas generales, el mercado será eficiente cuando -entre otras cuestiones- todos los agentes intervinientes puedan disponer del mismo nivel de información sobre los aspectos relevantes de los bienes; es decir, su precio, calidad, condiciones de uso, etc. En ese sentido se manifiesta Joseph

Stiglitz, cuando expresa que “para que las economías de mercado funcionen eficientemente, las empresas y los individuos deben estar informados y poseer incentivos para actuar en base a la información de que dispongan”²⁷⁴.

Pero, en la realidad, esa hipótesis de información igualitaria constituye la excepción antes que la regla. No sólo los actores involucrados rara vez disponen de la misma información, sino que cuando la tienen, no siempre la pueden aprovechar de forma adecuada.

Ahora bien, si los participantes del mercado no comparan la misma información, irremediablemente se producirán en éste, fallos que repercutirán negativamente en el consumidor, dado que el productor dispone, en general, de más y mejor información. Esta asimetría informativa es el factor donde encontramos el sustrato de la protección al consumidor.

Como veremos en detalle, que el consumidor tenga información no implica que la pueda utilizar de manera adecuada. Hasta en las personas normales hay limitaciones cognitivas, que hacen que a la hora de procesar información para la toma de decisiones, se adopten fórmulas y reglas heurísticas, que funcionarían como *atajos* que permiten llegar antes a una decisión. Esto es perfectamente normal y racional.

Explica Gómez Pomar que la falta de información, no necesariamente la vamos a encontrar en la provisión de la misma, muchas veces obedece a “fenómenos propios del comportamiento de los consumidores, tales como la racionalidad limitada (capacidad limitada para adquirir y procesar información), el exceso de optimismo, el uso de la heurística cognitiva (sesgos derivados del fenómeno de *hindsight*, excesiva confianza en la información fácilmente disponible, excesiva representatividad de pequeñas muestras, desconsideración excesiva de eventos futuros e inciertos, etc.) y la ignorancia racional (si adquirir información es -aunque sea poco costoso para el consumidor, pero tener la información no cam-

²⁷⁴ Joseph STIGLITZ, *Microeconomía*, Barcelona, Ariel, 1999, pág. 45.

biaría ni los términos de la transacción ni su uso futuro, el consumidor puede racionalmente sacrificar la adquisición de información e ignorar la variable relevante)”²⁷⁵.

Y en ese contexto sentencia que “la ignorancia de los consumidores debida a estos factores es difícil de mejorar. Las empresas tienen determinados incentivos para educar e informar a los consumidores con el fin de que estos problemas sean menos agudos en muchos casos. Pero los incentivos del mercado para las empresas no alcanzan el nivel socialmente apropiado de educación e información a los consumidores. Cada empresa individual no será capaz de internalizar todas las ganancias derivadas de incrementar la información de los consumidores, por lo cual su incentivo para proveerla será insuficiente comparado con las ganancias sociales derivadas del incremento de la información. Por tanto, el mercado no proveerá por sí mismo la cantidad óptima de educación e información para superar los factores que afectan a la ignorancia de los consumidores”²⁷⁶.

Entonces, si se protege al consumidor es porque sería injustificado hacerles cargar con las consecuencias negativas que pudieran resultar de un producto o servicio cuando carecen de la información necesaria sobre él, o bien cuando teniéndola, no resulta exigible demandarle un uso de dichos datos de manera similar a como lo aprovecharía un profesional.

En la generalidad de los casos, el consumidor no tiene la manera, ni mucho menos el deber -aunque sí el derecho- de conocer los riesgos que entraña un producto. Esta posición desventajosa del consumidor promedio justifica un ordenamiento jurídico orientado a prevenir, atenuar y en el peor de los casos reparar, eventuales efectos negativos derivados del acto de consumo.

²⁷⁵ Fernando GÓMEZ POMAR, “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el Análisis Económico del Derecho”, en rev. InDret, Working Paper N° 113, Barcelona, enero de 2003, pág. 17.

²⁷⁶ Idem, págs. 17-18.

Recapitulando, las tres familias de problemas tienen que ver con:

1. La imposibilidad de brindar *toda* la información relevante sobre un producto,
2. La imposibilidad de ciertos consumidores -usualmente denominados subconsumidores- de entender la información que se pone a su disposición, y
3. La virtual imposibilidad del consumidor promedio de *asimilar* la información referida y utilizarla en su provecho. Esto redundaría en una debilidad estructural del consumidor en el mercado.

No obstante, los modelos económicos tradicionales suelen reiterar situaciones poco sensibles a esta realidad. De hecho, se analizan relaciones entre consumidores y proveedores, en mercados competitivos, donde todos los agentes involucrados cuentan con información perfecta referente a la calidad y características de los bienes, de modo que el sistema de precios refleja, sin distorsiones, aquellas elecciones de los consumidores que maximizan su bienestar. Está claro que si el mercado funcionara de esta manera, las reglas de responsabilidad por daños al consumidor deben ser las aconsejadas por el AED.

Pero los mercados no funcionan normalmente de ese modo. En realidad, la existencia de *fallos* constituye la regla antes que la excepción.

En este contexto vuelve a aparecer el déficit informativo del consumidor como un dato central sobre el funcionamiento de los mercados reales. Las asimetrías, en este caso informativas, proyectan efectos distorsivos sobre su funcionamiento. Muchas veces, esa carencia de datos gira en torno a la calidad de los bienes, porque el consumidor cuenta con dificultades reales para identificar las diferencias de calidad entre productos de las distintas marcas, aun en productos de la misma empresa; en ese sentido el precio -eventualmente también el embalaje (*packaging*)- suele ser un indicador, aunque no muy confiable, de la calidad ofrecida. Por ello es tan frecuente que el consumidor resulte defraudado por recibir una calidad diferente de la esperada.

Si los bienes fueran homogéneos, ciertos aspectos vinculados con la información no constituirían un problema tan relevante; y en ese sentido, el precio sería el indicador más firme de la calidad ofrecida. No obstante, los bienes son heterogéneos y por ello surge con toda su magnitud la importancia de la información para identificar las diferencias de calidad existentes. Va de suyo, que productos de mayor calidad han sido tradicionalmente entendidos como más seguros, menos dañosos, más confiables, etc.

Modernos desarrollos de la Ciencia Económica reconocen la existencia de información asimétrica en la relación de consumo, entendiendo que un sector del mercado -el proveedor- posee más información que el otro -el consumidor-. Entonces, si se descarta el supuesto tradicional de la información perfecta, y se reconoce que el consumidor carece de datos precisos referentes a la calidad del producto que va a consumir, también debe admitirse la posibilidad de que el consumidor no reciba la calidad esperada. Y llegado a ese punto, no puede dejar de aceptarse que existe una alta probabilidad de que sufra daños al consumir un producto adquirido en esas condiciones de carencia informativa.

Las fuentes de información con que cuenta un consumidor son siempre imperfectas. Van desde la observación directa, pasando por la propia experiencia personal, la experiencia de terceros -por ejemplo, comentarios de otros consumidores-, datos brindados por los productores -que como tienen interés en vender, muchas veces utilizan la información con fines propagandísticos- en catálogos, etiquetas o publicidad, y en mucha menor medida publicaciones de organizaciones de consumidores o de entes gubernamentales, etc.

Pero no debemos pensar que toda la responsabilidad recae en fuentes informativas imperfectas, también debemos comprender que en el mercado existen de manera muy difundida prácticas *tramposas* o engañosas, que pueden pasar por ocultar o *maquillar* datos sobre los productos para hacerlos más atractivos o bien inducir a error engañando en torno a la calidad de los de la competencia.

Ahora bien, podríamos afirmar que -al menos en el plano teórico- cualquier nivel de información inferior al máximo, es defectuoso. Pero, ¿cuál es el nivel máximo de información disponible en torno a un producto? A manera de respuesta a esa pregunta, podríamos afirmar que el nivel máximo de información sobre un producto incluye desde el modelo industrial de éste, pasando por las condiciones de uso, estudios comparativos, hasta las posibles consecuencias adversas de sus componentes. Vale decir, un cúmulo de información imposible de procesar por parte del consumidor, quien debería tomar un curso previo a la adquisición de productos más o menos sofisticados, con el objeto de estar suficientemente informado con respecto al mismo.

Esa respuesta nos lleva a otra pregunta, ¿cuál es el nivel máximo de información que debe ponerse en conocimiento del consumidor? O, como una manera de fijar un segundo blanco más viable desde el punto de vista de su factibilidad, ¿cuál es el nivel subóptimo de información que puede considerarse aceptable poner en conocimiento del consumidor? La respuesta dista de ser sencilla porque podemos pensar en fórmulas generales²⁷⁷, muchas veces estériles a la hora de su aplicación práctica, o bien en un causismo extremo.

Esto nos lleva a otro inconveniente, reseñado más arriba, que tiene que ver con la provisión de información diferencial. Es decir, brindar información *estándar*, destinada a un receptor ideal y abstracto, nos pone frente a la necesidad de reconocer que no todos los consumidores son iguales; desde

²⁷⁷ Como la consagrada en el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización" (texto según ley 26.361). El literal original rezaba: "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos".

ya, existen consumidores más vulnerables -analfabetos, ancianos, niños, discapacitados, incapaces, etc.- y consumidores con *saberes* previos muy diferentes, y hoy las ciencias cognitivas coinciden que a quienes no cuentan con suficientes redes de conocimientos previos les resulta difícil o directamente imposible asimilar por sí solos los nuevos saberes -en este caso referidos a los productos-.

El fallo del mercado *asimetría informativa*, no se soluciona consagrando un deber abstracto de informar, como se establece en todas las leyes de Defensa del Consumidor. Evidentemente, la cuestión de fondo es que está involucrada una situación de costos, tanto para el consumidor, vinculado a la búsqueda y procesamiento de la información, como para el productor -incluso para el Estado-, asociado a la provisión de información.

Evidentemente, el consumidor podrá estar más o menos informado en torno a los bienes, pero nunca podrá ser igualado al productor. Para lograr esa equiparación se requeriría que el consumidor fuera un profesional en informática, electrónica, mecánica, medicina, etc., lo cual es simplemente absurdo. Siempre el consumidor será un *aficionado*, y el productor, un experto.

Entendemos que todo lo expuesto constituye argumentos contundentes para sostener la posición acerca de que existe una brecha infranqueable entre productores profesionales y consumidores profanos. Indudablemente, esa distancia se puede acortar, pero siempre estará allí para hacernos saber que no hay relación paritaria posible entre los extremos de la relación de consumo.

Yendo a la cuestión específica de los daños, o más correctamente a la proyección de las asimetrías vistas sobre el campo de la responsabilidad civil, podemos apreciar las razones por las cuales son distintas las consecuencias jurídicas de la explosión de una botella de gaseosa en manos de un consumidor que en manos de un mesero.

Toda vez que se genere un menoscabo en el patrimonio del consumidor o una lesión en su integridad psico-física, como

consecuencia de la ineptitud de un bien para su destino, su incorrecto funcionamiento, etc., estaremos frente a un daño jurídico fundado en el hecho de que el consumidor entendió que adquiriría un bien o servicio que funcionaría correctamente; esto es, sin producirle daño alguno.

Entonces, desde esta óptica, lo que se pretende es lograr bienes más seguros y confiables, eliminando o minimizando todo lo posible los riesgos asociados al consumo. Para ello, podemos accionar de dos maneras alternativas:

- 1) Utilizar como medio lo que Calabresi denomina la deliberación colectiva; esto es prohibiendo aquellos bienes o servicios con elevado potencial dañoso. Esta es una buena opción, pero requeriría ajustadas instancias de determinación y control, que tornan este procedimiento muy costoso para aplicar a todos los productos. De hecho, este mecanismo se utiliza, principalmente, en materia de alimentos y medicamentos, pero no de manera exhaustiva, sino para eliminar o impedir el acceso al mercado de aquellos bienes *excesiva o injustificadamente* riesgosos.
- 2) Utilizar el método del mercado, y en ese marco establecer los incentivos necesarios para la elaboración de bienes seguros, desincentivando los inseguros y peligrosos. Este método parte de considerar que la Economía nos ofrece una *teoría científica* para pronosticar los efectos de las normas legales sobre el comportamiento humano. En este sentido, las sanciones y los gravámenes tributarios, operarían como los precios, y se supone que los individuos racionales responden a aquellos de una manera muy similar a cómo responden éstos; es decir, consumiendo menos del bien más caro, de modo que, al menos en teoría, los individuos deberán reaccionar ante las sanciones legales más severas o los tributos más altos, realizando menos de esa actividad.

Ahora bien, se trata nada menos que de determinar cuál es la norma de responsabilidad que permite corregir, o en el

peor de los casos morigerar, aquella distorsión generada a partir de la asimetría informativa.

Como vimos, dicha asimetría no se soluciona simplemente brindando información. De hecho, subsistirá aun cuando se haya brindando información completa y veraz; en esa situación, la asimetría podrá verse mitigada, pero no eliminada. Si fuera posible eliminarla, todo sería más sencillo, nos ocuparíamos de que se brinde al consumidor información suficiente, para luego aplicar las reglas tradicionales de la responsabilidad.

Como hemos tenido oportunidad de ver al analizar el AED, se asume pacíficamente que la conducta del agente causal del daño puede afectar el riesgo de ocurrencia de éste, según los diferentes niveles de precaución que adopte. Esto es aún más claro cuando se trata de daños unilaterales, porque el daño posible depende sólo de la conducta del dañador.

También vimos que no siempre es eficiente adoptar niveles de precaución elevados y que, usualmente, los estándares medios sirven para conseguir medidas adecuadas de seguridad, a costos razonables.

Si el dañador no fuera responsabilizado en ningún caso, no tendría incentivos para adoptar precaución de ningún tipo. Pero el otro extremo, si fuera responsabilizado en todos los casos -bajo un sistema de imputabilidad objetiva estricta- el agente causal del daño debería indemnizar con independencia del nivel de seguridad adoptado; por ello, se preocuparía ante todo de evitar el daño, adoptando niveles muy altos de precaución.

El AED aconseja este modelo para los daños unilaterales. Pero cuando se trata de daños bilaterales -como vimos-, considera que deben introducirse variaciones que sean sensibles a la asunción de riesgos por parte del consumidor.

Lo propuesto por el AED funcionaría bien si fuera cierto que el consumidor cuenta con información perfecta referida al producto y, en consecuencia, que sea correcta su percepción del riesgo del producto.

No obstante, como tuvimos oportunidad de ver, ni el consumidor cuenta con información completa, ni es acertada su

percepción de riesgo, lo cual echa por tierra la presunción de la asunción de éstos por su parte. En el mejor de los casos, el sistema de precios aparece -nuevamente- como un indicador *sui generis*; así, el consumidor puede visualizar qué productos más baratos son más riesgosos y viceversa, pero aquí estamos lejos de la certeza que requiere una asunción de riesgos jurídicamente relevante.

Como el consumidor siempre tendrá conocimientos imperfectos del producto y sus riesgos; vale decir, subestimará o sobreestimaré la potencialidad dañosa del bien, entonces al proveedor se le plantea una situación paradójica porque, en principio, no tendría incentivos para invertir en productos más seguros -y en consecuencia más costosos- porque el consumidor no lo podría reconocer y pagar el plus correspondiente.

Pero si entra a jugar la responsabilidad bajo imputabilidad objetiva, la situación cambia; porque un sistema de responsabilidad total termina generando incentivos para la adopción de niveles de precaución óptimos, reflejándose en el precio el riesgo verdadero que es perfectamente conocido por el proveedor (y no por el consumidor).

Entonces, si el consumidor no visualiza adecuadamente los riesgos, veremos que el incentivo para la producción de bienes más seguros sigue siendo un valor a tener en cuenta, aun cuando el daño sea producido por un comportamiento negligente del consumidor. En ese sentido, nacería responsabilidad en el consumidor sólo cuando hubiera obrado con dolo, es decir, con la intención de auto-inflingirse el daño o con una culpa grave que se aproxime peligrosamente al *animus nocendi*.

Entendemos que el factor objetivo de atribución es aquel que genera mayores incentivos para la producción de bienes seguros. Atento que el productor es quien conoce a fondo el producto -sobre todo sus riesgos- y es el sujeto que puede incidir sobre sus niveles de seguridad, debe cargar con los daños que se produzcan en el acto de consumo, excepto que se produzca ruptura del nexo causal, haya culpa de la víctima o de un tercero por el cual el productor no asume responsabi-

lidad vicaria. Hasta aquí opera la justificación de las reglas de responsabilidad por daños al consumidor más difundidas en el mundo.

No obstante, también mirado desde la óptica de la asimetría de la información, entendemos que no se brinda una cobertura adecuada al consumidor -en tanto ser humano- si eximimos de responsabilidad al productor cuando haya culpa de aquél en el daño a lo que hemos denominados bienes primarios.

Como vimos en el capítulo anterior, el ser humano racional del AED es neutral al riesgo siempre, en sentido contrario el sujeto racional que nosotros concebimos es adverso al riesgo cuando se hallan en juego bienes primarios. Pero el consumidor de carne y hueso, precisamente por la asimetría informativa, se comporta muchas veces de manera temeraria frente a los riesgos, incluso ante aquellos que puedan afectar a sus bienes más preciados.

Estamos convencidos de que más allá de la inexacta percepción de riesgos que pueda tener el consumidor, el Derecho tiene un compromiso con los seres humanos de prevenir o aliviar los sufrimientos innecesarios que lo puedan aquejar en razón de la vida en sociedad. Esta forma de actuar la comprendemos como parte del accionar de un Derecho enderezado hacia la justicia. En este sentido resulta claramente innecesario que el consumidor deba hacerse cargo de sufrimientos (daños) provenientes del consumo de bienes cuyo potencial daño no se conoce -ni se podría conocer- con total precisión.

El riesgo no constituye la secularización de la idea divina de la fortuna. Podemos afirmar que el azar existe, pero en el riesgo ya queda poco de suerte y fatalidad. El riesgo no es fortuna, en la misma medida que el daño no es fatalidad ni la indemnidad suerte. Hoy es posible medir probabilísticamente la ocurrencia de los daños. Pero ese cálculo está fuera del alcance del consumidor promedio. Por el nivel de información que maneja el consumidor el riesgo está asociado a la fortuna, pero para el productor no sucede de la misma manera.

Empero, fuera de esa hipótesis, como señala Bayón, sería el propio criterio de eficiencia que aconsejaría adoptar una regla de inalienabilidad para evitar transacción ineficiente. Y “una transacción sería ineficiente entre las partes cuando al menos una de ellas no haya estado en condiciones de reconocer y hacer valer sus auténticas preferencias -ya sea por deficiencias cognitivas, ya porque su voluntad se ha visto constreñida-, de manera que haya prestado su consentimiento a un intercambio respecto del cual no es cierto (ni tan siquiera *ex ante*) que mejore la situación de al menos una de las partes y no empeore la de ninguna de ellas”²⁷⁸.

Finalmente, a manera de recapitulación, si somos conscientes de que los consumidores no perciben correctamente el verdadero nivel de riesgos que enfrentan al momento del consumo; por otro lado, somos contestes con la idea de que los seres humanos somos muy adversos a los riesgos cuando éstos implican daños personales; y asumimos la dificultad de la reparación de éstos, en el sentido que para esos casos la indemnidad sólo está asociada a la prevención. Entonces, estaremos en condiciones de afirmar que las reglas de responsabilidad deben, ante todo, generar incentivos suficientes para la producción de bienes seguros y, en la medida de lo posible, inocuos e inofensivos.

En razón de lo expuesto, sólo un régimen de responsabilidad total, bajo un sistema de atribución a título objetivo, sin consideración de la culpa del consumidor como eximente para los daños personales, nos permitirá alcanzar el objetivo establecido.

²⁷⁸ Juan Carlos BAYÓN, “Eficiencia e inalienabilidad” en rev. Doxa 15-16 (1994), pág. 981.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo intentamos brindar un panorama de la vasta complejidad del sistema de responsabilidad civil por daños al consumidor.

Entendemos que el análisis jurídico tradicional muchas veces debe ser reconfigurado para poder abordar los complejos problemas actuales. Por ello en todo momento pretendimos ir más allá de los planteamientos habituales en la materia, incluyendo un extenso capítulo con consideraciones propias de una corriente de pensamiento que va cobrando importancia en el mundo jurídico, como es el AED.

El uso del AED puede resultar un poco controvertido y todavía es necesario justificar su utilización en los estudios jurídicos de nuestro país; ello es así porque existe una fuerte resistencia de muchos juristas en adoptarlo como una disciplina con entidad suficiente o, al menos, como herramienta conceptual para abordar estudios jurídicos.

Detractores y partidarios del AED hacen mover la discusión actual en torno a la ética de la economía de manera pendular entre dos posturas extremas, la sacralización o la demonización del mercado. Creemos que por el contrario, debemos buscar un camino intermedio que nos permita encontrar la dosis de mercado y justicia que resulte la más adecuada a nuestra sociedad.

Existen muchos puntos de contacto entre Economía y Derecho. Como muestra de la existencias de raíces comunes, vale tener presente que “Zöllner, uno de los dogmáticos alemanes de mayor reputación, afirmaba que el Derecho privado codificado es producto no sólo del pensamiento revolucionario francés, sino también del pensamiento económico clá-

sico representado especialmente por Adam Smith (...) el Derecho Privado occidental -y aquí me refiero tanto a los países de *common law* como a los de Derecho continental- constituye la *institucionalización de la economía de mercado*. O, en términos más queridos para la dogmática jurídica, las sociedades occidentales son *sociedades de derecho privado* por contraposición a las sociedades socialistas que serían sociedades de derecho público”²⁷⁹.

Entonces, si bien existieron orígenes comunes en los albores de la modernidad, desarrollos posteriores llevaron al Derecho y a la Economía a transitar por sendas separadas. Y si la Dogmática jurídica se desentendió de la reflexión económica, es porque pudo hacerlo, es decir, porque no era un elemento necesario en el análisis del Derecho. Pero esto está cambiando radicalmente.

En los tiempos que corren resulta menester prevenir sobre la necesidad de incorporar mayores dosis de racionalidad económica en los análisis jurídicos; ello es así porque la enorme importancia que la doctrina y la jurisprudencia tienen en el desenvolvimiento del Derecho Privado, debe llevarnos a asumir la responsabilidad de fundamentar nuestras decisiones en algo más que en puras inferencias normativas o la apreciación intuitiva de la solución más justa para el caso en cuestión. Todo jurista (juez²⁸⁰ o doctrinario) debiera tomar en consideración la realidad social; es decir, estar atento a las consecuencias que sus decisiones u opiniones pueden tener sobre aquella, de la cual la Economía es una parte sustancial que no puede soslayarse.

²⁷⁹ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”, en rev. InDret 1/2007. Working Paper N° 417. Barcelona, enero de 2007. www.indret.com, pág. 4.

²⁸⁰ A efectos de ilustrar esta afirmación podemos traer a colación un texto de una sentencia resuelta por la C.S.J.N., en la cual podemos leer que un tribunal “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos 302:1284).

En otro sentido, aunque igualmente contundente y provocador, se expresa Spector, al afirmar que “en la Edad Media, la doctrina jurídica iusprivatista comenzó a desarrollar una estructura teórica capaz de explicar y sistematizar el conjunto de las normas de Derecho Romano. Este proceso culminó durante los siglos XVIII y XIX con la redacción de los códigos civiles europeos y latinoamericanos. Luego que la codificación fue puesta en práctica, y completada con la sanción del Código Civil alemán (BGB), la ciencia jurídica comenzó a declinar en vitalidad intelectual. Aunque los juristas todavía trabajan en la sistematización de las normas codificadas y, en particular, de las decisiones judiciales que buscan ajustar el código a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas, esta actividad carece de la sofisticación teórica que marcó los estudios civilistas de la pre-codificación. En gran medida, esto se debe al hecho que los juristas civilistas completaron, a todos los efectos prácticos, el proceso de redescubrimiento y sistematización del Derecho Romano que sentó las bases para la codificación”. Luego continúa explicando este autor que “en las últimas décadas, los juristas norteamericanos han producido una revolución intelectual al aplicar la economía y la filosofía moral al estudio de instituciones jurídicas particulares. Los analistas económicos del derecho y los filósofos del derecho compiten en tratar de ofrecer la explicación más exitosa de diferentes campos del *common law*. Los paradigmas resultante han enriquecido la investigación jurídica de una forma sin precedentes”²⁸¹.

Quizás tenga una cuota de razón Peña González, cuando afirma que los civilistas “... tienden más bien al análisis escolástico, o sea, a las querellas conceptuales al interior de la disciplina sin que sea posible, entre quienes cultivan el derecho civil, advertir una preocupación sistemática por las

²⁸¹ Horacio SPECTOR, “Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado”, en rev. Doxa N° 26 (2003), págs. 241-242.

externalidades de las reglas que tan acuciosamente estudian y los efectos de eficiencia o ineficiencia que inevitablemente provocan”²⁸². En todo caso consideramos absolutamente cierto que “... el análisis económico del derecho y algunos aportes de la teoría ética, ayudan, en su conjunto, a configurar una dogmática civil orientada por las consecuencias y por los principios y no, simplemente, como aún suele ocurrir, por los conceptos”²⁸³.

Por otra parte, la investigación jurídica tradicional parece estar limitada por márgenes muy estrechos para realizar propuestas, las cuales pueden ser de *lege lata* y de *lege ferenda*, y si eso no fuera poco, como explica De Geest, también existiría una definición demasiado reducida de lo que abarca cada uno. “El punto de vista tradicional es que o bien se describe el Derecho existente (de *lege lata*) o se efectúa una propuesta por un mejor Derecho (de *lege ferenda*). Algunos abogados erróneamente creen que proponer una doctrina mejor es necesariamente una afirmación de *lege ferenda*. Al contrario, la propuesta de una doctrina superadora puede consistir en una mejor descripción del Derecho vigente, y en este caso debe ser considerada una afirmación de *lege lata*. Incluso si el tribunal supremo decidiera rechazar una doctrina de modo expreso, esto no significaría que fuera incorrecta de *lege lata*”²⁸⁴.

Consideramos importante el aporte de una visión diferente e integradora dado que, en la complejidad del mundo actual, ni el Derecho ni la Economía pueden ser concebidos como disciplinas autosuficientes, con virtualidad explicativa necesaria para dar cuenta de todos los casos, especialmente los más complejos.

²⁸² Carlos PEÑA GONZÁLEZ, “Sobre los dilemas económicos y éticos de un sistema de responsabilidad civil” en Gastón FERNÁNDEZ CRUZ y Alfredo BULLARD GONZÁLES (editores), *Derecho civil patrimonial*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pág. 214.

²⁸³ Idem, pág. 213.

²⁸⁴ Gerrit DE GEEST, “*Law & Economics* y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas”, J.A. 2006-II-1.053.

El Derecho no es Economía, tampoco Filosofía moral, o Sociología; pero, sin dudas, se nutre de una combinación de esos razonamientos, y allí revista su valor que, fuera del alcance de intentos reduccionistas, pueda lograr un equilibrio complejo a la hora de cumplir su labor consistente en regular conductas.

Los problemas de responsabilidad por daños al consumidor no pueden ser vistos como un problema de dos -víctima y dañador-; podríamos decir que los accidentes ocasionan daños a las víctimas de manera directa, y a la sociedad toda por vía indirecta. Por ello deben ser analizados como problemas sociales que involucran a grupos y tienen una incidencia sistemática sobre la base de la organización social y económica de cualquier comunidad. Esto constituye un enfoque diferente, porque el Derecho se ocupa del daño desde un punto de vista individual, no social, y como ilustración podemos ver una afirmación del lucido jurista López Olaciregui, quien expresaba que “la bilateralidad... es nota caracterizante del daño civil, presenta éste como un suceso al que aparecen vinculados dos sujetos que lo causan y lo sufren... Ambos sujetos son coprogenitores del resultado dañoso, con lo cual cabe concluir (con expresión libre pero no inexacta) que para ellos el daño es un ‘mal en condominio’”²⁸⁵.

Podría pensarse que sería viable proponer la eliminación de todas las actividades y productos con virtualidad para causar daños al consumidor, pero lejos de estar mejor estaríamos mucho peor porque esas actividades y productos generan beneficios, que la sociedad no estaría dispuesta a dejar de disfrutar y cualquier solución jurídica debe ser sensible a los fines y aspiraciones legítimas de ésta. Indudablemente, dar una respuesta satisfactoria a estas cuestiones requiere de soluciones complejas.

El problema se rige por el conocimiento, no por la disciplina. La pregunta central consiste en interrogarse metodo-

²⁸⁵ José María LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit., “El derecho...”, pág. 112.

lógicamente cuál es la cuestión que queremos solucionar. Entonces, si en efecto resulta que la *anomalía* no se encuadra en los límites de una disciplina es menester encontrar el *eslabón perdido* que vincule los enfoques.

Con esta investigación pretendemos aportar mayores dosis de preocupación analítica y empírica en el estudio de temas de la responsabilidad civil por daños al consumidor. Básicamente, intentamos reemplazar descripciones y juicios de valor ocultos -muchas veces bajo el manto de disputas ontológicas sobre la naturaleza jurídica de las instituciones-, por explicaciones, análisis, contrastaciones de datos, y explicitación de presupuestos teóricos.

Consideramos que el interés analítico y la búsqueda de comprobaciones empíricas conducen a un entendimiento más realista, pragmático e instrumental de la realidad jurídica, y se constituye, a la vez, en un camino alternativo frente a las concepciones dogmáticas y esencialistas del Derecho.

Esta aproximación seguramente no resultará atractiva para quienes piensen que el sistema jurídico es algo diferente e independiente de las restantes Ciencias Sociales, y que consideren que el Derecho se encuentra más allá de los datos empíricos o que las normas se independizan de las justificaciones teóricas que les dan sustento. Pero no obstante ello, hemos pretendido circunvalar los falsos dilemas incoados por las concepciones más tradicionales, en la inteligencia de que los juristas comprometidos sabrán comprender que resulta necesario abrir la dogmática a nuevas consideraciones, que le aporten una mayor virtualidad explicativa al Derecho, para así poder aprehender mejor las complejidades del mundo de hoy.

En este contexto, la Ciencia Económica puede brindar un gran aporte; para ello, en primer lugar, debemos reconocer que ésta es la Ciencia Social con mayor desarrollo "científico", que ha llegado al punto de poder predecir -y no sólo describir- acciones y situaciones, y ha logrado expresarse en lenguaje matemático -lo cual pone de manifiesto su grado de sofisticación, desde un punto de vista epistemológico-. Esa evolución, en alguna medida afecta al Derecho, no sólo por ser

parte de la misma familia de las Ciencias Sociales sino por razones más profundas.

En algún momento del devenir evolutivo de la Ciencia Económica, se advirtió que la conducta humana típica sobre la cual se desarrollaban los modelos económicos, no sólo era aplicable a la Economía. De hecho, un sujeto egoísta que busca maximizar sus beneficios en un contexto de recursos escasos, era un modelo de ser humano que se comportaba de ese modo no sólo en los mercados sino también en la política, en la sociedad, frente a los delitos, etc., razón por la cual empezaron a “*exportarse*” herramientas conceptuales de la ciencia económica hacia la Ciencia Política, la Sociología, la Criminología, y también a la Ciencia Jurídica.

La disciplina a través de la cual se hace presente el bagaje conceptual e instrumental de la Ciencia Económica en la Ciencia Jurídica es el AED, que no es asimilable a nuestro conocido Derecho Económico. Éste se trata de un conjunto de normas y principios jurídicos destinado a regular fenómenos eminentemente económicos; en cambio, el AED se ocupa de someter a las normas jurídicas a un análisis económico. El Derecho Económico es una rama de la Ciencia Jurídica, el AED es una rama de la Ciencia Económica.

Cabe formularse aquí estas preguntas que inquietan a los juristas: ¿El AED es una verdadera “intrusión” de la Economía en el Derecho?²⁸⁶, ¿Se trata de una modalidad de análisis propia de una disciplina, ahora proyectada sobre un ob-

²⁸⁶ “Es un lugar común en la doctrina argentina atribuir al análisis económico del derecho (en adelante: AED) la pretensión de sustituir los valores jurídicos por la eficiencia. Estamos convencidos de que esta afirmación está errada.

El AED no prescinde de los valores jurídicos tradicionales, sino que simplemente propicia la incorporación de elementos provenientes de la economía para el estudio de los fenómenos jurídicos”. Conf. Julio César RIVERA, “Economía e Interpretación Jurídica”, Exposición en la XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 23 y 24 de octubre de 2003.

jeto que no le es propio?, o bien ¿estamos ante una ampliación del objeto científico de la Economía, que ya no se ocupa sólo del dinero, sino de las conductas de seres humanos?

No son preguntas fáciles, porque no hay lugar para respuestas inocentes. Digamos, por un lado, que la epistemología actual advierte la existencia de objetos científicos cada vez más cercanos al punto que es difícil determinar con claridad cuál ciencia debe ocuparse de ellos; por ejemplo, la Psicología Social y la Sociología Individual, etc. Debemos admitir que la Economía no tiene necesariamente una vocación “imperialista”²⁸⁷ sobre otras disciplinas. Por el contrario es necesario enmarcar la actual situación como parte del “amplio proceso de hibridación de las ciencias sociales experimentadas en las últimas tres décadas, hibridación de la que surgen nuevas disciplinas como el *public choice* o elección pública y la socioeconomía, entre otras”²⁸⁸.

En definitiva, lo que estamos observando entre la Economía y el Derecho no es un fenómeno local. Por otra parte, siempre el Derecho ha tenido puntos de intersección con otras disciplinas, prueba de ello es la lógica deóntica, la Sociología y Antropología Jurídica, etc., pero lo novedoso es que nunca esas disciplinas disputaron con el Derecho la suficiencia explicativa; es decir, brindar mejores y más adecuadas respuestas.

²⁸⁷ El imperialismo al que acaba de aludirse se apoya siguiendo a Cossio Díaz en las siguientes causas: “- Un punto de partida común a las ciencias sociales (o al menos a varias de ellas) en cuanto a la necesidad de fragmentar al individuo en ámbitos (*homo economicus*, *homo sociologicus*) a fin de hacerlo comprensible. - La común pretensión de esas ciencias, de explicar al individuo mediante la asignación de un sentido a sus conductas. - La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas. - La progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas. - La fortaleza de esas disciplinas para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas”. Conf. José Ramón COSSIO DÍAZ, *Derecho y análisis económico*, México, FCE, 1997, pág. 13 y ss.

²⁸⁸ Jesús Antonio BEJARANO, ob. cit.

Entendemos que en la cuestión de la suficiencia explicativa se halla el meollo de la disputa. Acciarri trae un ejemplo muy gráfico; dice que es posible que un artista plástico emplee los principios de su disciplina para hacer un análisis artístico de la agricultura, y pueda hacer una tipología de sembradíos más o menos pintorescos; y hasta podría dirigirse al agricultor sojero, señalándole que en la historia del arte los cuadros más bellos han tomado como modelo campos sembrados con girasoles o maíz, y no soja como sería del caso²⁸⁹. Pero nos resultaría difícil concebir que un comentario de esta naturaleza pueda ejercer alguna influencia en un agricultor.

No es el caso del AED, porque pretende influir decisivamente en el Derecho, exponiendo que sus soluciones son mejores o más adecuadas, en comparación con muchas soluciones jurídicas tradicionales. El agricultor del ejemplo de Acciarri puede desentenderse de las consecuencias estéticas de su accionar, pero el jurista no puede hacerlo de las consecuencias económicas y sociales de las suyas.

El AED puede hacer varios aportes al Derecho, en consideración a sus objetivos y enfoques. Existe un AED descriptivo, que realizando una labor que podríamos denominar *de lege lata*, explica las normas jurídicas a la luz de las consideraciones económicas. Puntualmente evalúa el grado de eficiencia de la norma jurídica. Pero también existe un AED mucho más controvertido, que es normativo, es decir de naturaleza prescriptiva, que realiza una labor *de lege ferenda*, y a través de ella señala cuáles son las normas que el Derecho debería crear o modificar, a efectos de lograr la eficiencia en la asignación de recursos en la sociedad.

Pero este “aporte” de la Ciencia Económica al Derecho no está exento de dificultades. Más allá del amor propio de

²⁸⁹ Hugo A. ACCIARRI, “El análisis económico del Derecho de Daños. Elementos para una aproximación”, en Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía (SJA 17/5/2006), págs. 20-36.

los juristas que se halla herido por la “invasión económica”, que no constituye una consideración científicamente atendible, hay razones de peso para abordar la existencia de verdaderas dificultades culturales para una plena integración. Aquí, no se trata de cuestiones semánticas, que aplicando una correcta dosis de filosofía analítica conseguiríamos disipar, sino de “modelos” de seres humanos diferentes.

Cuando la Economía piensa en un ser humano paradigmático, piensa en un sujeto racional, egoísta, maximizador de sus beneficios, etc. El *homo economicus* presenta esas características y sobre esa base se construyen los modelos económicos. En cambio, cuando el Derecho piensa en un ser humano paradigmático, concibe a un sujeto diferente, menos racional y menos egoísta. El *homo juridicus*, se hace carne en el estándar jurídico tradicional del Derecho Romano del “buen padre de familia” y su pariente moderno el “buen hombre de negocios”. El *homo juridicus* no es racional, es razonable, no es egoísta, piensa en términos de grupo humano (familia) o en el peor de los casos es egocentrado, no busca a ultranza la maximización de sus beneficios económicos aunque tampoco es altruista, etc. Evidentemente, se trata de un concepto más etéreo y vaporoso, en comparación con los rígidos perfiles del *homo economicus*, pero salta a las claras que son diferentes.

La otra cuestión apunta a los fines. Cuanto menos es controvertido afirmar que el Derecho deba buscar la maximización de la riqueza de la sociedad, el crecimiento económico o el logro de la eficiencia.

A nuestro entender, la eficiencia no es un valor *lexicográficamente*²⁹⁰ igual o anterior a la justicia, pero no obstante debemos reconocer que constituye un valor social real. En el peor de los casos, debemos tratarla como un objetivo deseable; es decir, un estado de cosas sería preferible a otro, si *coeteris paribus*, la asignación de recursos es más eficiente.

²⁹⁰ Lexicográfico significa que el primer principio debe cumplirse completamente antes de considerar el segundo.

Entonces, dadas dos situaciones igualmente justas, la eficiencia puede ser un buen elemento a considerar para inclinarse por la situación más conveniente; vale decir, aquella que no dilapida innecesariamente recursos de la sociedad.

No obstante, es menester tener claro que no hay intercambio posible entre justicia y eficiencia porque no son valores equiparables; por el contrario, la justicia es un fin en sí misma, mientras que la eficiencia es sólo un medio, un instrumento.

Compartimos la opinión de Casalmiglia cuando explica que "... una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque no el único y ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia"²⁹¹.

En el marco de la justicia debe darse un equilibrio entre eficiencia y distribución; vale decir, entre aumento de los recursos y su asignación, porque son medios para alcanzar estados de cosas justos. Una sociedad que se despreocupa de la eficiencia, dilapida recursos y en consecuencia, se empobrece, en general hace que todos estén peor; pero una sociedad que sólo se ocupa de la eficiencia y se despreocupa de la distribución puede permitir que existan contrastes insalvables entre sujetos, por un lado extremadamente ricos y otros exageradamente pobres.

Sin embargo, no hay razones para elegir una sociedad rica a otra pobre, solamente basada en razones de cuantía de la riqueza²⁹². De hecho, "la maximización de la utilidad global

²⁹¹ Albert CALSAMIGLIA, "Eficiencia y Derecho", en rev. Doxa N° 4 (1987), pág. 271.

²⁹² En cierta medida esta posición se contrapone a la de Hierro, quien sostiene que la eficiencia es instrumental de la Justicia, es decir, un componente de ésta, pero en la inteligencia que "la maximización de la riqueza, dada ciertas condiciones previas de justicia, promueve la satisfacción iguali-

entre los individuos de una determinada sociedad no impide que la distribución interna de esas utilidades entre los distintos individuos se haga de acuerdo con modelos de suma iniquidad”²⁹³. Una sociedad rica, no es mejor *per se*, en comparación con una sociedad pobre. La única situación atendible que hace en algún sentido mejor una sociedad rica, es que ésta cuenta con más recursos para lograr que los ciudadanos puedan acceder a aquellos bienes que les permitan lograr una existencia digna. Esos recursos posibilitan en mayor medida la concreción de proyectos de vida plenos.

Esto nos lleva a otra idea, y es que una sociedad rica y desigual pierde todo atractivo, dado que sólo algunos pocos podrían aspirar a contar con los medios materiales para lograr una existencia digna y la concreción de sus proyectos de vida. La eficiencia, entendida como maximización de la riqueza o similares, no puede ser un fin en sí misma.

Con esa breve reflexión queremos dejar explicitadas algunas razones por las cuales consideramos imposible la equiparación entre justicia y eficiencia, razón por la cual, entendemos que la eficiencia puede operar como valor de corrección o selección, mas no como un valor autónomo, asimilable en rango a la justicia.

A lo largo de este trabajo hemos tenido oportunidad de ver que el sistema de responsabilidad por daños al consumidor debe rendir tributo a dos *señores*; por un lado, un principio de justicia “local”²⁹⁴ enmarcado en la protección del con-

taria de las necesidades humanas que constituyen lo que denominamos derechos morales básicos; es decir, que una Teoría de la Justicia entendida como Teoría de los Derechos incluye un puesto relevante para la eficiencia productiva”. Conf. HIERRO, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, en rev. Isonomía N° 9 (octubre 1998), pág. 132.

²⁹³ Osvaldo GUARIGLIA, “El concepto normativo de ‘persona’ y los requisitos de mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, en rev. Doxa N° 13, pág. 111.

²⁹⁴ Valga la aclaración de que no debe entenderse justicia local al modo de las “esferas de la justicia” de Michael Waltzer.

sumidor como sujeto estructuralmente débil en las relaciones de consumo y, por otro lado, la búsqueda de un sistema de asignación de recursos que -cuando menos- no sea marcadamente ineficiente visto que "... esta temática integra lo que se podría designar como la legislación económica del país, [y] sus efectos exceden la protección del consumidor para extenderse sobre la estructura económica general"²⁹⁵. Por este motivo, es dable destacar que "... los costos de los accidentes que resultan de los productos elaborados son costos que pesan sobre la sociedad en general -son recursos que se pierden o son malgastados-. Las leyes como la citada [24.240] distribuyen o asignan esos costos a la cadena de producción-distribución-comercialización, o sobre los consumidores y usuarios. Según cuál sea la asignación o distribución que se haga, se estimularán o desincentivarán actividades (sea la de producir, comercializar, o adquirir determinados productos o servicios), o se crearán posiciones desventajosas o ventajosas entre los agentes económicos"²⁹⁶.

Desde un principio dejamos aclarado que pretendíamos argumentar a favor de un sistema de responsabilidad civil que brinde la mayor protección posible al consumidor y que, a la vez, no corra la base del sistema económico sobre el cual el Derecho del Consumidor tiene lugar. Esta fue el punto de partida de nuestro presupuesto teórico en la materia, nuestra principal *decisión metodológica*.

Precisamente, esas decisiones han sido casi una obsesión a lo largo de todo este trabajo, dado que no las hemos rehuído de modo alguno; por el contrario, a cada paso buscamos explicitarlas, ponerlas en evidencia y adoptar aquellas que mejor se ajusten a los valores que consideramos fundamentales.

El análisis del Derecho no es un ejercicio pasivo, descontextualizado y dotado de asepsia conceptual. Por el contra-

²⁹⁵ Julio KELLY y Cristian E. ELBERT, "El artículo 40 de la ley 24.240", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21 - Derecho y Economía, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999, págs. 247-248.

²⁹⁶ *Idem*, pág. 248.

rio, en cada línea de una norma jurídica o de su interpretación existe una toma de posición.

Como tuvimos oportunidad de ver, consideramos que en los sistemas jurídicos cohabitan diferentes regímenes de responsabilidad fundados en diferentes paradigmas sociales o individuales. No se trata de una cuestión menor hacer opción por alguno de ellos.

La primera decisión metodológica básica en materia de responsabilidad extracontractual es adherir a alguno de los paradigmas predominantes, el individualista o el solidarista.

El primero se desentiende mayormente del entorno social, se centra en cada individuo, considera que cada cual es el mejor juez de sus preferencias e intereses; así, cada sujeto debe extremar los recaudos para cuidar de sí mismo, a la vez que procura maximizar sus beneficios. Si todos obráramos de este modo, al final la sociedad sería -agregativamente- más segura, existirían menos daños.

El individualista pone el énfasis en la ausencia de responsabilidad, parte desde este punto de vista, y el que alegue lo contrario deberá probarlo; así, en principio la víctima debe cargar con la responsabilidad. La responsabilidad por culpa es mayormente individualista. Como vimos, hay una tendencia de las visiones económicas hacia el individualismo.

El segundo paradigma, solidarista, le agrega importancia a la responsabilidad de las personas particulares para con su entorno. Éste pone el énfasis en que una persona deba hacerse cargo de las consecuencias dañosas que pueda provocar su propia existencia en la sociedad -no sólo sus acciones culpables-, dada la ineludible interferencia intersubjetiva que se da en su seno. La responsabilidad objetiva es mayormente solidarista; y afirmamos mayormente porque algunas corrientes del AED postulan esta responsabilidad en determinados casos pero por razones ajenas a la solidaridad.

Claro está, ambas visiones suponen puntos de vistas radicalmente diferentes.

La segunda decisión metodológica básica es si vamos a adherir a un individualismo o solidarismo, de reglas o de ca-

sos. Si optamos por ser de reglas, debemos asumir que existirán casos donde el resultado sea contrario al esperado. Adoptar reglas nos conduce a aceptar incluso a los casos invalidantes de la misma.

Si lo hacemos de casos, de manera consecuente debemos estar dispuestos a renunciar a las generalizaciones, para caer en un casuismo radical y realizar una evaluación de los actos individualmente considerados. Pero ante, todo ésta es una alternativa de “laboratorio”, más virtual que real, porque la cooperación social que pretende el Derecho requiere del seguimiento de reglas.

Como hemos visto, existe más de un modo de caracterizar los hechos o ver las cosas; sino adoptamos -explícitamente- nuestras propias decisiones metodológicas quedamos a la deriva, librados a la inconsistencia de nuestros prejuicios. No existe Derecho de Daños posible por fuera de esta distinción, dado que términos como “responsabilidad (civil)” o “daño (jurídicamente relevante)” no pueden ser entendidos, ni usados por fuera de estos contextos. Esta distinción es sumamente importante teniendo presente que, por un lado no creemos que todo el mundo deba ser responsable en todo momento por todo, y en el otro extremo tampoco estamos dispuestos a afirmar que nadie deba ser responsable por nada; los estándares de conducta que tipifiquemos dependerán de nuestras decisiones metodológicas al respecto.

Por lo expuesto, queremos dejar bien en claro que consideramos que sólo el solidarismo de reglas es aquella postura que le asigna a cada sujeto la misma consideración y respeto que se merece, transformándose así en una herramienta de justicia igualitaria.

Veamos cómo inciden estas decisiones metodológicas sobre nuestro campo de estudio, los factores de atribución.

A lo largo de estas páginas hemos reseñado la evolución, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, del régimen de responsabilidad civil por daños al consumidor. Particularmente, la forma en que las diversas concepciones se fueron encauzando hacia una mayor protección de la vícti-

ma de estos accidentes, siendo que muchas veces fue necesaria la creación de nuevas instituciones y categorías jurídicas que hicieran lugar a estas pretensiones, dado que las estructuras tradicionales no poseían la suficiente flexibilidad para acogerlas en su seno.

Con total claridad hemos visto cómo la idea de justicia, transversal en todo el pensamiento jurídico, ha provocado una fuerte tendencia hacia la consolidación de una protección integral del consumidor, especialmente en lo referido a los daños personales que pueda padecer, en el contexto de la relación de consumo.

Recordemos que en un primer estadio de evolución no cabía ser distinguido el sistema de daños al consumidor del sistema general de la responsabilidad civil; que se regía por el principio de la imputabilidad subjetiva. En este marco, el consumidor dañado debía probar diversos extremos legales sumamente dificultosos, que en la práctica se resumía en una verdadera regla de irresponsabilidad, dado que implicaba cargarlo con todos los costes de los accidentes que pudiera padecer, por imposibilidad o suma dificultad material de probar la culpa del fabricante. Además, va de suyo que cuando se establece un sistema de responsabilidad basado en la culpa, si los accidentes se producen sin mediar ésta, los costos de ellos deben ser afrontados por las víctimas.

En una posterior evolución, las exigencias fueron flexibilizándose, mereciendo un capítulo aparte el tratamiento del fabricante no vendedor como responsable del daño; visto que, desde un principio, las concepciones y categorías jurídicas decimonónicas resultaron ser obstáculos insalvables para establecer un sistema de responsabilidad por daños al consumidor que parta de reconocer su debilidad estructural en el mercado, de allí la necesidad de brindarle una protección especial.

No obstante ello, los juristas que se veían guiados por la idea de justicia buscaron continuamente elaborar teorías y explicaciones que permitieran brindar al consumidor la más amplia y efectiva protección posible. Muestra de ello fueron los intentos de reconocer un vínculo contractual entre el con-

sumidor y el fabricante no vendedor, y de superar los estrictos límites que imponía la imputación subjetiva de la responsabilidad por los daños causados.

En el sistema general de responsabilidad civil, la prevalencia de la culpa como factor de imputación se impuso en los códigos decimonónicos por dos motivos bastantes diferentes. El principal motivo, señalado con mucha frecuencia, es el componente ético de la culpa como factor de atribución, en el sentido que hacemos responsable a una persona de aquellas acciones que ésta realiza y en la cual intervienen los componentes internos de su voluntad. Esto se condice con la idea kantiana de que los seres humanos no manejamos el mundo - y por ende tampoco sus cadenas causales- y, por lo tanto, sólo cabe hacer cargo a un sujeto de sus acciones voluntarias, plenas de intencionalidad. El otro motivo ha sido soslayado durante muchos años, pero de un tiempo a esta parte se nos ha puesto en evidencia con toda claridad, y consiste en afirmar que la imputación a título subjetivo resulta económicamente eficiente en una gran multiplicidad de casos.

En el Derecho nacional referirnos a la culpa supone abarcar a la culpa propiamente dicha y al dolo, entendido este último como la intencionalidad de causar un daño a otro en su persona o en sus bienes. Por razones obvias, al hablar de culpa nos referimos a la culpa entendida en sentido estricto y no al dolo, visto que nadie duda en que debe hacerse cargo a una persona que obra malintencionadamente de las consecuencias dañosas de su accionar. Por el contrario, cuando nos referimos a la culpa hacemos alusión a estándares de diligencia, prudencia, cuidados, o reparos que una persona debe tener en su obrar, a los efectos de no dañar a terceros. Ha quedado claro que un comportamiento diligente tiene para el sujeto un mayor costo que un comportamiento desaprensivo, que no se acoja a los estándares de la prudencia; por lo que vale precisar que existe un “costo de precaución” para el hombre prudente.

En este sentido, reconoce el AED que “la probabilidad de causar daño a terceros, es inversamente proporcional a la

precaución que el agente adopte”²⁹⁷; como consecuencia de esto, nos encontramos probabilísticamente que la máxima posibilidad de causación de daños tiene lugar cuando el nivel de precaución es cero, y en sentido contrario cuando el nivel de precauciones se eleva al máximo, se reducen dramáticamente las probabilidades de la causación de daños. Pero en este supuesto nos enfrentamos al problema de los altos costos de precaución, que terminan haciendo inviable la realización de gran cantidad de actividades en ese sentido, visto el saldo negativo del análisis de costo-beneficio.

Por lo expuesto, el paso de la imputación subjetiva a la objetiva resulta más simple para el economista que para el jurista. Para el primero, simplemente se trata de aplicar su matriz de datos, sus estructuras y categoría de pensamientos a casos diferentes. Para el jurista este paso es mucho más traumático, porque implica dejar de lado la justificación ética de un factor de atribución de responsabilidad para pasar a otra matriz de justificación donde cobra importancia la eficiencia, y algunos criterios de justicia (distributiva) pero no propiamente las categorías éticas kantianas.

Para el Derecho resultó extremadamente difícil este tránsito, porque ha sedimentado en la cultura jurídica que existe una suerte de vínculo inescindible entre Justicia e imputabilidad subjetiva. Desde el momento que el hombre es un sujeto dotado de libertad para escoger entre el bien y el mal, entonces corresponde hacerlo responsable por sus acciones dañosas realizadas de manera culpable.

En el Derecho clásico, como consecuencia de su *matriz* subjetivista, se ponía el acento en la reparación del daño causado, antes que en su prevención o evitación. Ello llevaba a soluciones paradójicas, como ser dejar implícito una especie de derecho a dañar. Llamativamente, esto tiene un punto de encuentro en los postulados del AED. Podemos apreciar que de conformidad con las soluciones jurídicas decimonónicas,

²⁹⁷ Jorge Eduardo BUSTAMANTE, ob. cit., “Análisis económico...”, pág. 174.

quien tuviera dinero se encontraba habilitado a realizar la actividad que deseara, con la sola condición de reparar los daños que pudiera causar. O dicho con más precisión, quien desarrollara una actividad económicamente rentable podía seguir produciendo y dañando, siempre y cuando indemnizara a sus víctimas.

Indudablemente, estamos viviendo una preocupación mayor por las víctimas. Hay una traslación del centro de gravedad desde la conducta del agente causal del daño a la situación de la víctima, una suerte de "*favor victimae*".

Ha llegado a tal punto la preocupación del Derecho por el sujeto dañado, que en algunos ámbitos se postula que donde hay una víctima, debe existir una obligación de reparar. Y esto genera reacciones de aquellos que sostienen que "el derecho civil, si pretende seguir llamándose derecho, debe buscar un responsable y no escoger un mártir al azar; debe conceder una indemnización y no consumir un despojo, pues en tal caso, no sería muy distinto del derecho de las sociedades bárbaras, con sus rudimentarias formas de imponer orden y castigo, no justicia"²⁹⁸.

Recapitulando, para los juristas romper la equivalencia culpable-responsable representó una fuerte lucha cultural contra un sistema jurídico altamente sedimentado por siglos de evolución. No fue para nada fácil consolidar un criterio de justicia "local", en el ámbito del Derecho del Consumidor, que implicara la consagración del principio *favor debilis*, y que esto supusiera una prelación lexicográfica con relación al principio de la culpa. Pudimos apreciar cómo se introducían parámetros objetivos bajo el ropaje de la imputación subjetiva a través, de *constructos* tales como la culpa presumida, culpa objetiva, etc. pero pronto la dogmática comprendió que estaba ante el peligro de la fatiga de los conceptos y que simplemente debía reconocer que se hallaba bajo otro paradigma de atribución de responsabilidad.

²⁹⁸ Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 53.

Estamos convencidos de que el mayor valor de esta tesis radica en su enfoque *trans* o *interdisciplinar*. Por un lado, introducir consideraciones económicas en problemas del Derecho, lo cual no es todavía común en la dogmática jurídica argentina; y, por otro lado, tomar los principios metodológicos de una propuesta abstracta, como la Teoría de la Justicia de Rawls para adaptarla -y si se quiere, manipularla con aportes de la Teoría de las Decisiones- a efectos de aplicarla a la resolución de problemas prácticos. En ningún momento sostuvimos que ésta hubiera sido la solución que Rawls hubiera propuesto si se hubiera ocupado de esta cuestión, de hecho no nos interesa hacerle decir lo que nunca dijo, tampoco derivar consecuencias de sus principios de justicia. Simplemente hemos tomado sus ideas de manera libre, como una fuente de inspiración, y sobre esa base hemos construido una propuesta, de allí que el subtítulo de la tesis sea “una mirada rawlsiana”.

Siendo más explícitos: ¿Qué rescatamos de Rawls? ¿En que consiste esa *mirada rawlsiana* que proponemos?

Ante todo vale aclarar que compartimos la visión de Ciuro Caldani, cuando sostiene que “[l]a postura acerca del daño que el Derecho debe considerar depende en gran medida de que se adopten referencias básicas más *contractualistas* u *organicistas*. Si se parte de los primeros la atención al daño suele ir más apegada a una necesidad de fundamentación; cuando se toman los segundos, la fundamentación está ya en principio consagrada”²⁹⁹.

En ese sentido, nuestras referencias son claramente contractualistas, por ello las respuestas a las preguntas formuladas más arriba son relativamente sencillas, porque básicamente adherimos a un Rawls procedimental. Los princi-

²⁹⁹ Miguel Ángel CIURO CALDANI, “Aportes metodológicos a la filosofía del daño”, en José Luis de los MOZOS y Carlos SOTO COAGUILA (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, Lima (Perú), Editora Jurídica Grijley, 2006, t. 4, págs. 95.

pios de la justicia propios de la concepción rawlsiana son el resultado de un procedimiento cuyas características se estructuran según la dinámica propia de la razón práctica tal y como es concebida por Kant. Los principios de la justicia, como los principios de la razón práctica, no se intuyen ni se reciben, *se construyen* como objetos de la razón para ser realizados por el ser humano en ejercicio de su inmanente libertad.

En la visión constructivista de Rawls, los principios de la justicia no provienen del conocimiento intuitivo de un orden de valores ya dado en la naturaleza o en los designios divinos, ni son establecidos por una autoridad diferente a los miembros de la sociedad, tales orígenes serían incompatibles con una sociedad de seres libres e iguales.

La concepción rawlsiana es constructivista, en el sentido de que sus principios de justicia pueden ser representados como el resultado de un procedimiento de construcción. Ese proceso parte de una situación inicial en la cual se hallan ciertas restricciones que inciden sobre las reglas de razonamiento y argumentación, y en ese contexto particular, ciertos agentes *racionales* tienen que elegir los principios de justicia que regularán la vida social. Las restricciones se hallan en el *velo de la ignorancia* y modelan una situación puramente hipotética conocida como *posición original*, que no se corresponde con una situación histórica actual o pretérita, ni tampoco con supuesta condición primitiva de la cultura. Se trata de un recurso explicativo, o idea mediadora, que establece las condiciones más razonables -en el sentido kantiano del imperativo categórico- que deben regular la argumentación que lleva a la elección de los principios de la justicia.

Para llegar a esa situación se establecen ciertas condiciones que consideramos particularmente valiosas para nuestra investigación:

- 1) Con respecto a los *sujetos* que buscan el acuerdo, no son *homo economicus* puros, sino personas morales con altruismo limitado o egocentradas, pero no egoístas, racionales, y con información limitada por el *velo de ignorancia*.

- 2) Con respecto a los *principios* que se elegirán, se trata de un breve conjunto de principios que deben servir de fundamento para un sistema de responsabilidad por daños al consumidor.

No obstante debemos reconocer que hasta el momento ha resultado imposible definir criterios de justicia universalmente aceptables. Todos ellos poseen alguna propiedad que los hacen atractivos desde el punto de vista de la equidad, pero ninguno está exento de problemas ya sea en su aplicación o en la aparición de situaciones invalidantes que los tornan menos atractivos.

Un criterio de justicia, como cualquier artificio de orden lógico, esquema conceptual, o propuesta teórica no puede ser tachado de verdadero o falso, sino que debe ser juzgado por sus propiedades de utilidad, completitud, y coherencia.

Por lo tanto, la elección de uno, entre todos los criterios existentes, sigue siendo un tema librado a la voluntad de cada quien. Es claro que, al menos hoy, la tecnología de nuestras teorías, así como la ingeniería de nuestras argumentaciones nos impiden dar con la solución a este problema. Sigue sin haber razones objetivas que nos lleven a preferir una teoría a otras, ninguna nos garantiza contener la fórmula de la justicia. Finalmente, la elección de un criterio sigue siendo un tema de preferencias de algunas determinadas propiedades éticas sobre otras, y si resulta imposible encontrar un criterio de justicia universalmente aceptable, cuanto menos deberíamos tratar de conseguir uno para cada tipo de problema.

Por nuestra parte, entendemos que este trabajo constituye un aporte en ese sentido. Una solución a un tipo de problema, donde se garantice mayor cobertura a las víctimas, fundado en razones de justicia, con la firme convicción que es plenamente aceptable lograr “ganancias” en términos de justicia, aun a costa de “pérdidas” en términos de eficiencia económica.

Finalmente, queremos cerrar este trabajo con una cita de Rawls, que expresa cabalmente nuestro pensamiento y como una suerte de homenaje a quien nos sirvió de fuente de inspi-

ración en esta tesis, "... no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas", porque si "lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor"³⁰⁰.

Tanto agnósticos como creyentes coincidirán en un punto, que la justicia perfecta sólo proviene de Dios, pero los imperfectos hombres modernos hemos renunciado a él, nos hemos encargado de desacralizarlo, de reducirlo a alguna esfera poco importante de nuestra vida; incluso algún filósofo ha llegado a decir que lo matamos. Sea cual fuera la verdad sobre este asunto, lo real es que debemos declinar cualquier esperanza de poder recibir alguna suerte de revelación que nos haga evidente la visión de Dios en torno a la justicia; ahora debemos construirla por nosotros mismos, sustentarla racionalmente, recrearla secularmente y hacerla realidad.

Lo que define un juego de ajedrez no son las piezas, sino las reglas. Un juego donde del caballo no salte o el alfil no se desplace en diagonal, no sería ajedrez. En un sentido similar, un Derecho que no tienda a la realización de la justicia, simplemente no merecería llamarse Derecho.

³⁰⁰ John RAWLS, ob. cit., págs. 17-18.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía citada en esta obra, ordenada alfabéticamente

ACCIARRI, Hugo A., “El análisis económico del Derecho de Daños. Elementos para una aproximación”, en Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía (SJA 17/5/2006), págs. 20-36.

AGOGLIA, María, BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge, “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, J.A. 1997-III-636.

AGUIAR, Fernando, “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”, Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales N° 8, 2004, págs. 139-160.

ALEXY, Robert, “La justicia como corrección”, en rev. Doxa N° 26, 2003, págs. 161-171.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”, en rev. InDret 1/2007. Working Paper N° 417, Barcelona, enero de 2007, www.indret.com.

ALPA, Guido, *Derecho del consumidor* (traducción de Juan Espinoza Espinoza), Lima (Perú), Gaceta Jurídica, 2004.

ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto, “Presunciones de causalidad y responsabilidad”, en L.L. 1986-E-981, también en *Cuestiones modernas de responsabilidad*, La Ley, Buenos Aires, 1988.

- *Responsabilidad civil*, Medellín (Colombia), Dike, 1995.

- ALTERINI, Atilio, “Los factores objetivos de la responsabilidad civil”, en VALLESPINOS, Carlos Gustavo (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*. Córdoba, Advocatus, 1997, págs. 121-136.
- *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- ANDORNO, Luis, “El principio de la precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, en L.L. 2002-D-1.326.
- “Responsabilidad civil por productos elaborados”, J.A. 1997-III-651.
- AZAR, María José, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, en LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coordinadores). *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, ps. 125-162.
- BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico* (traducción de José Babini), México, Siglo XXI, 1999.
- BALKIN, Jack, “La retórica de la responsabilidad”, en ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 123-146.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Eficiencia e inalienabilidad” en rev. Doxa N° 15-16 (1994), págs. 971-991.
- BEJARANO, Jesús Antonio, “El análisis económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos”, en Revista de Economía Institucional, N° 1, noviembre 1999, págs. 155-167. También puede accederse al documento en Internet en el siguiente sitio: <http://search.epnet.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&an=17738879&lang=e> - última visita 10/07/2006.
- BEYER, Harald, “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”, en Revista de Estudios Públicos N° 45, págs. 1-21.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil – Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- BOURDIE, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude y PASSERON, Jean-Claude, *El oficio de sociólogo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1975.

- BUERES, Alberto, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén (directores), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, págs. 141-189.
- “La antijuridicidad”, en VALLESPINOS, Carlos Gustavo (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1997, págs. 31-53.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, “Análisis económico de la responsabilidad civil”, en BUERES, Alberto (Director), *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. I, págs. 159-194
- “Responsabilidad por daños”, en BUERES, Alberto (Director), *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, t. I, págs. 159-193.
- CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (traducción de Joaquim Bisbal), Barcelona, Ariel, 1984.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Eficiencia y Derecho”, en rev. Doxa N° 4 (1987), págs. 267-287.
- CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos* (traducción de Silvana Álvarez), Barcelona, Gedisa, 2002.
- CARRASCO PERERA, Ángel et al. *Estudio de derecho de consumidores en España*, Castilla-La Mancha, 2001.
- CASIELLO, Juan José, “¿Qué queda de la atribución subjetiva a culpa o dolo?”, en Revista de Derecho de Daños 2007-1 (Creación de riesgo - II). Rubinzal-Culzoni, págs. 7 a 20.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, Serie Ensayos, 1985.
- CIURO CALDANI, Miguel, “La responsabilidad por daños desde la filosofía del derecho”, en TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén (directores), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, págs. 317-332.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes metodológicos a la filosofía del daño”, en MOZOS, José Luis de los y SOTO COAGUILA, Carlos (directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, Lima (Perú), Editora Jurídica Grijley, 2006, t. 4, págs. 91-130.
- COASE, Ronald, “El problema del costo social”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 1 (1991), págs. 81-134 (en español), el trabajo original fue publicado en *The Journal of Law and Economics* N° 3 (octubre 1960).
- COLEMAN, Jules, “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, en ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 57-84.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (traducción de Eduardo Suárez), México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- COPY, Irving, *Introducción a la lógica* (traducción de Néstor Alberto Míguez). Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- CROVI, Luis, “Los consumidores y otros débiles contractuales”, J.A. 2003-I-1154.
- DE GEEST, Gerrit, “Law & Economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas”, J.A. 2006-II-1053.
- DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- “El daño y las causas de justificación en el proyecto de Código Civil 1998”, en WAJNTRAUB, Javier; PICASSO, Sebastián y ALTERINI, Juan (coordinadores), *Instituciones de derecho privado moderno*. Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.
- DE LUCAS, Javier, “La igualdad ante la ley”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* N° 11 - El Derecho y la Justicia, Págs. 493-500.
- DIEZ-PICASSO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

- DWORKIN, Ronald, “¿Es la riqueza un valor?”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N° 1, Buenos Aires, Ab-1996, págs. 13-43. Publicado originalmente en *The Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980).
- ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura, “El ‘riesgo creado’ como factor de atribución de responsabilidad civil. Una mención especial al sistema del ‘common law’”, en Revista de Derecho de Daños 2007-1 (Creación de Riesgo II). Rubinzal-Culzoni, págs. 241-263.
- FARINA, Juan, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- FARIÑAS DULCE, María José, “Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho”, en rev. Doxa N° 15-16 (1994), págs. 1013-1023.
- FARREL, Martín, “Rawls, el criterio maximín y la utilidad promedio”, en rev. Doxa N° 25 (2002), págs. 39-116.
- FISCHER, Stanley; DORNBUSH, Rudiger y SCHMELENSSEE, Richard, *Economía*, (traducción de Luis Toharia y Esther Rabasco), 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1992.
- FISS, Owen, “¿La muerte del Derecho?”, en rev. Doxa N° 10 (1991), págs. 123-140.
- “La autonomía del Derecho”, en http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/omf2/pdf_files/Laautonomiadelderecho.pdf (última visita 25/01/2005)
- FRESNEDA SAIEG, Mónica - FRUSTAGLI, Sandra, “La expansión de la eficacia del contrato en la ley de defensa del consumidor”, J.A. 1997-III-672.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Mercado y Justicia”, en rev. Isonomía N° 2, págs. 6-28.
- GHERSI, Carlos A, “La responsabilidad civil en la posmodernidad (reflexiones)”, J.A. 1994-III-883.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el Análisis Económico del Derecho”, en rev. InDret, Working Paper N°: 113, Barcelona, enero de 2003. www.indret.com

- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, “El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación”, en rev. *Doxa* N° 15-16 (1994), págs. 929-943.
- GUARIGLIA, Osvaldo, “El concepto normativo de ‘persona’ y los requisitos de mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática”, en rev. *Doxa* N° 13 (1993), págs. 109-122.
- HERRERO, Carmen, “Racionalidad individual - irracionalidad social: el conflicto Justicia - Eficiencia”, en rev. *Doxa* N° 13 (1993), págs. 49-67.
- HIERRO, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, en rev. *Isonomía* N° 9, págs. 129-171
- KELLY, Julio Alberto, *Responsabilidad del fabricante*, Heliasta, Buenos Aires, 1985.
- KELLY, Julio y ELBERT, Cristian, “El artículo 40 de la ley 24.240”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21 - Derecho y Economía, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999, págs 247-268.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos, “La responsabilidad por el empleo de las cosas”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, págs. 383-422.
- “Los factores subjetivos de atribución”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, págs. 141-173.
- LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil* (traducción de Javier Tamayo Jaramillo), Colombia, Legis, 2004.
- LOPERA, María Teresa, *Justicia distributiva ¿legitimidad o consenso?*, Editorial Universidad de Antioquía, Medellín (Colombia), 1999.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad”, en *Responsabilidad Civil y Seguros* N° 9 (septiembre de 2007), págs. 111-118.
- “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 2, Buenos Aires, 1978, reimpresión en *Revista de Respon-*

sabilidad Civil y Seguros N° 1; L.L., enero-febrero 1999, págs. 165-178.

LORENZETTI, Ricardo, “Análisis económico del Derecho: valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21. Derecho y Economía, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, noviembre de 1999, págs. 61-90.

- “Daños masivos, acciones de clases y pretensiones de operatividad”, J.A. 2000-II-235.
- “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, L.L. 1993-D-1140.
- “Fundamentos constitucionales de la responsabilidad civil”. Conferencia en el IX Congreso Internacional de Derecho de Daños. <http://www.aaba.org.ar/bi24mp02lorenzetti.htm> (última visita 5/5/2008)
- *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Función actual de la responsabilidad civil”, en *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 38-56.

- “Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual”, en BUERES, Alberto (director), *Responsabilidad por daños*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 51-75.

MORESO, José Juan, “Cuestiones persistentes y microteorías”, en rev. *Doxa* N° 25 (2002), págs. 629-635

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Introducción al Derecho del Consumidor” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 5 – Consumidores, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

- “La antijuricidad”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Bs. As, 1992, págs.57-74.
- *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. I.

- *Responsabilidad por daños - Responsabilidad de la empresa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. IX.
- NICOLAU, Noemí, “El principio de confianza en el derecho civil actual”, A-2001-III-1144.
- “Panorama de la responsabilidad civil en el Derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, en *La responsabilidad, Homenaje al Profesor Isidoro Goldemberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 45-52.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- OIT, *Seguridad social, guía de educación obrera*, Ginebra, 1995.
- OLSON, Mancur, “La lógica de la acción colectiva”, en SAIEGH, Sebastián y TOMMASI, Mariano (compiladores), *La nueva economía política: racionalidad e Instituciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, págs. 37-62.
- PASTOR, Santos, “Derecho de daños”, en SPECTOR, Horacio (compilador), *Elementos de análisis económico del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 57-108.
- *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- PAYET, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1997.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Sobre los dilemas económicos y éticos de un sistema de responsabilidad civil” en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo (editores), *Derecho civil patrimonial*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, págs. 213-236.
- PÉREZ LEÑERO, José, *Fundamentos de la seguridad social*, Aguilar, Madrid, 1956.
- PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 3 tomos.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I.

- “Responsabilidad civil por riesgo creado”, L.L. 1983-707.
- POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho* (traducción de Eduardo Suárez), Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia* (traducción de María Dolores González), Fondo de Cultura Económica. México, 1997.
- REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de la responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- REICH, Norbert, “Mercado, Derecho y protección del consumidor. El consumidor como ciudadano”, en Rev. Derecho del Consumidor N° 10, STIGLITZ, Gabriel (director), Juris, Rosario, 1999.
- *Mercado y derecho* (traducción de Antoni Font), Ariel, Barcelona, 1985.
- RESNIK, Michael, *Elecciones, Una introducción a la teoría de la decisión* (traducción de Stella Villarmea y Blanca Rodríguez), Gedisa, Barcelona, 1998.
- RIVERA, Julio César, “Economía e interpretación jurídica”, Exposición en la XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 23 y 24 de octubre de 2003.
- “Responsabilidad Civil y Economía”, en VALLESPINOS, Carlos Gustavo (director), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1997, págs. 11- 27.
- ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontractual*. Gedisa, Barcelona, 2005.
- “Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual”, en Rev. Lecciones y Ensayos N° 11, págs. 147-203.
- RUIZ GARCÍA, Carlos y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “Producto inseguro y producto defectuoso” en Rev. InDret 4/2006, Working Paper N° 388, Barcelona, octubre de 2006. www.indret.com.
- SALVADOR CODERCH, Pablo *et al*, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law*

- enforcement*)”, en Rev. InDret, Working Paper N° 164, Barcelona, octubre de 2003. www.indret.com.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes” en Rev. InDret 1/2005, Working Paper N° 275, Barcelona, febrero de 2005. www.indret.com
- “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, en Rev. InDret N° 1/2005. Working Paper N° 275, Barcelona, febrero de 2005. www.indret.com.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del derecho civil* (traducción de Macarena Von Carstenn - Lichterfelde), Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHWARTZ, Alan, “Una propuesta de reforma del régimen de la responsabilidad por productos elaborados: una síntesis teórica” en ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 235-263. (Original en inglés “Proposals for products liability reform: a theoretical synthesis”, en Yale Law Journal. February, 1988).
- SOTOMARINO CÁCERES, Silvia Roxana, *La responsabilidad civil por productos defectuosos*, ARA Editores. Lima (Perú), 2007.
- SPECTOR, Horacio (compilador), *Elementos de análisis económico del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- “Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado”, en rev. Doxa N° 26 (2003), págs. 241-260.
- STIGLITZ, Joseph, *Microeconomía*, Ariel, Barcelona, 1999.
- STIGLITZ, Gabriel, “La responsabilidad civil por productos en el derecho argentino”, J.A. 80° Aniversario 1998-432.
- STREB, Jorge, “El significado de racionalidad en economía”, en <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/139.pdf> (última visita 17 de Mayo de 2005).
- TALLONE, Federico, “Responsabilidad civil y accionar dañoso de los grupos”, J.A. 2004-II-1136.
- *Daños causados por productos elaborados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- TARABORRELLI, José, “El accionar dañoso de los grupos”, J.A. 1997-I-772.

- TAVANO, Ma. Josefina, “¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 11-59.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “La teoría jurídica del accidente” en MOZOS, José Luis de los y SOTO COAGUILA, Carlos (directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, Editora Jurídica Grijley, Lima (Perú), 2006, t. 4, págs. 427-450.
- TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. 1.
- VARIAN, Hal R., *Microeconomía intermedia*, Antoni Bosch, Barcelona, 1998.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar, *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “El daño colectivo”, en TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén (directores), *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 437-452.
- *Resarcimiento de daños*, t. 4. *Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Bibliografía consultada - Libros

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídica y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- BUERES, Alberto (director). *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, t. I.
- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, *Desregulación. entre el derecho y la economía*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- DI FENIZIO, Ferninando. *Las leyes de la economía III. La función del consumo*. Bosch. Barcelona, 1963.
- DÍAZ, Esther (editora), *Metodología de las ciencias sociales*, Biblos, Buenos Aires, 1997.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo (editores), *Derecho civil patrimonial*. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.
- GHERSI, Carlos (director), *Derecho privado económico*, Universidad, Buenos Aires, 2000.
- GHERSI, Carlos A. (compilador). *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*. Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- GREEN, H. A. John. *La teoría del consumo*, Alianza – Universidad, Madrid, 1976.
- GUIBOURG, Ricardo, GHIGLIANI, Alejandro y GUARINONI, Ricardo, *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
- HERRERA, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica* Astrea, Buenos Aires, 1998.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y BUERES, Alberto J. (directores). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- LETELIER, Valentín, *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales*, Hume & Walker, Cabaut y Cia. Santiago de Chile - Buenos Aires, 1919.
- LÓPEZ CABANA, Roberto (coordinador), *Responsabilidad civil por accidentes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coordinadores), *Defensa del consumidor*, Ábaco. Buenos Aires, 2003.
- MANKIW, N. Gregory. *Principios de economía*. McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Informe sobre el Libro Verde “La responsabilidad por productos defectuosos”*, Instituto Nacio-

- nal de Consumo y Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Toledo, 2000.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- MOZOS, José Luis de los y SOTO COAGUILA, Carlos (directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, Editora Jurídica Grijley, Lima (Perú), t. 4, 2006.
- NINO, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México D.F., Fontamara, 1995.
- PARRA LUCAN, María Angeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada; DE VASCONCELLOS E. BENJAMÍN, Antonio H. et al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteproyecto*, 7ª edición, Forense Universitaria. Río de Janeiro - San Pablo, Brasil, 2001.
- PRADA ALONSO, Javier, *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid, Marcial Pons, 1998.
- REYES, María José, *Derecho del consumo*, Valencia (España), Ed. General del Derecho, 1996.
- STIGLITZ, Gabriel (director), *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.
- *Derecho del consumidor*, 11 tomos, Santa Fe, Juris, 1991 - 2000.
 - *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios 3*, Santa Fe, Juris, 2000.
- STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, *Derecho y defensa de los consumidores*, Buenos Aires La Rocca, 1994.
- STIGLITZ, Gabriel, *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, , Santa Fe, Juris, 1997.
- *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios 2*, Santa Fe, Juris, 1998.
- TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Tecnos, 1987.
- VARIAN, Hal R., *Análisis microeconómico*, Barcelona, Antoni Bosch, 1998.

VIGURI PEREA, Agustín, *Responsabilidad civil en el marco del derecho del consumo*, Granada, Comares, 1997.

WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1998.

Bibliografía consultada - Publicaciones científicas

ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, “Protección de los consumidores y derecho de los contratos”, en A.D.Civil 1994 - T. I. 305-323.

ALTERINI, Atilio, “Cómo desbaratar la protección del consumidor”, en L.L. 1999-A-783.

- “Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino de Código Civil de 1998”, en L.L. 1999-C-860.

- “Los contratos de consumo”, en Rev. L.L. 1993-E-10.

ANDORNO, Luis, “Las proyecciones del estatuto de defensa del consumidor en el derecho de daños”, en J.A. 2004-III-874.

- “Responsabilidad civil por productos elaborados”, en J.A. 1997-III-651.

ATIENZA, Manuel, “Argumentación JURÍDICA”, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11 - El derecho y la justicia, págs. 231-238.

AZAGRA MALO, Albert, “Protección del consumidor y responsabilidad por producto defectuoso”, en Rev. InDret 03/2004. Working Paper N° 242, Barcelona, julio de 2004.

BARACAT, Edgar, “Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos”, en J.A. 2000-II-812.

BARAN, Paul A., “Reflexiones sobre el subconsumo”, en ABRAMOVITZ, Moses y otros, *La asignación de los recursos económicos*, Centro Regional de Ayuda Técnica para el Desarrollo Internacional. México, 1964, págs. 73-89.

BARBIERI, Claudia Alejandra, “Accidentes por productos elaborados”, en LÓPEZ CABANA, Roberto (director), *Responsa-*

- bilidad civil por accidentes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 61-88.
- BENJAMÍN, Antonio, “El Código brasileño de protección de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo* N° 32, 1995, Instituto Nacional del Consumo, España, 1995, págs. 47-65.
- “El derecho del consumidor”, en J.A. 1993-II-913.
 - “La teoría de la calidad y los accidentes de consumo: una visión conceptual”, en *Rev. Derecho del Consumidor* N° 1, Juris, Rosario, 1991, págs. 57-82.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y *Usuarios*”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Tecnos. Madrid, 1987, págs. 100-140.
- “La protección de los intereses económicos de los consumidores”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 141-158.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 222-247
- BOURGOIGNIE, Thierry, “El derecho comunitario del consumo. Experiencias y perspectivas de la Europa de 1993”, J.A. 1993-II-925.
- “Finalidades y ámbito del Derecho del Consumo”, en *Elementos para una Teoría del Derecho del Consumo*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco, Vitoria, 1994, págs. 111-137
- BRIZZIO, Claudia R., “La teoría general del contrato y el derecho del consumidor”, en *Rev. L.L.* 1998-D-1.285.
- BUERES, Alberto, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén (directores). *Derecho de daños*. La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 141-189
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista

- de la catedral”, en Rev. Estudios Públicos N° 63 (invierno 1996), págs. 348-391
- CIURO CALDANI, Miguel, “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (aportes a la filosofía del derecho privado)”, E.D. 159 1994-1022.
- CROVI, Luis, “Los consumidores y otros débiles contractuales”, J.A. 2003-I-1154.
- DEAMBROSSI, Jorge, “El art. 42 de la Constitución Nacional. y los usuarios de servicios públicos”, J.A. 1996-III-761.
- FARINA, Juan, “Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)”, J.A. 1995-I-886.
- FERRER, Esther Haydeé Silvia, “La responsabilidad por el riesgo del desarrollo en los daños causados por productos”, en PELLET, Arturo y SLAVIN, Luis Pablo, *La sociedad y el Estado en el umbral del siglo XXI*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 309-322.
- FRUSTAGLI, Sandra, “El régimen de garantías en la ley de defensa del consumidor”, J.A. 1996-III-967.
- GALDÓS, Jorge, “La responsabilidad del fabricante frente al consumidor no contratante”, J.A. 1997-III-680.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico”, en rev. Doxa N° 11 (1992), págs. 193-217.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, “La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado”, en RDP 1985, págs. 395-413.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, “Derecho Comunitario y Derecho del Consumo”, en Revista de Derecho Mercantil, N° 192, Madrid, 1992, págs. 327-395.
- “La protección de los legítimos intereses de los consumidores como principio general del ordenamiento español”, en Estudios sobre Consumo, N° 48, Madrid, 1999, págs. 131-145.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El enunciado de responsabilidad”, en rev. Doxa N° 19 (1996), págs. 259-286.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura, “La responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea: dere-

- cho comunitario y de los estados miembros”, en http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacionde_lauragazquez.doc (última visita 18/1/05).
- GHERSI, Carlos, “Aproximación al estudio del análisis económico del derecho y su distinción con el derecho económico”, J.A. 1996-II-834.
- HERNÁNDEZ, Carlos y FRUSTAGLI, Sandra, “Reseña: A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama jurisprudencial”, en J.A. 2003-IV-1541.
- HERNÁNDEZ, Javier, “Una versión pragmatista del concepto de responsabilidad moral”, en *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. 35, N° 105 (diciembre 2003), págs. 3-24.
- JACOB DE FRADERA, Vera, “Daño precontractual. Un sistema comparativo a partir de tres sistemas jurídicos: el continental europeo, el latinoamericano y el americano del norte”, en GHERSI, Carlos (director), *Derecho Privado Económico*, Universidad, Buenos Aires, 2000, págs. 45-56.
- JANSEN, Nils, “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, en Rev. InDret 02/2003. Working Paper N° 128, Barcelona, abril de 2003.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “Precisiones sobre Rawls” en Rev. Doxa N° 3, págs. 259-288.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, “*Economic analysis of law*”, en National Bureau of Economic Research working paper series - <http://www.nber.org/papers/w6960>.
- LIMA MARQUES, Claudia, “Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestoes frente ao impasse”, J.A. 1999-III-912.
- LINARES PRIETO, Patricia, “La aplicación de los principios de justicia de John Rawls en el Estado Social de Derecho”, en Revista de Derecho, Universidad del Norte (Colombia), 1995 Issue 5, págs. 1-17.
- LÓPEZ CABANA, Roberto, “El derecho de daños y la defensa del consumidor”, en Rev. Derecho del Consumidor N° 1, Juris, Rosario, 1991, págs. 49-56.

- “La responsabilidad civil en la XIII conferencia nacional de abogados”, L.L. 2000-D-960.
 - “Los daños al consumidor en la ley 24.240”, J.A. 1994-III-859.
 - “Responsabilidad por daños en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor”, en Rev. Derecho del Consumidor N° 5, Juris, Rosario, 1994, págs. 11-22.
- LORENZETTI, Ricardo, “¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o paquetes de negocios?”, L.L. 1995-E-1013.
- “El riesgo y el daño a la persona en la Corte Suprema”, en J.A. 1994-II-269.
 - “Esquema de responsabilidad por daños en la ley de protección al consumidor”, J.A. 1994-II-844.
 - “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur”, en L.L. 1996-E.1303.
- NINO, Carlos, “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, en rev. Doxa N° 5, págs. 87-105.
- “Justicia”, en rev. Doxa N° 14, págs. 61-74, también en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11 - El derecho y la justicia, págs. 467-480.
- PAREDES, Viviana, “La teoría del riesgo creado en el derecho civil argentino”, en J.A. 1996-II-893.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Sobre los dilemas económicos y éticos de un sistema de responsabilidad civil”, en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo (editores). *Derecho civil patrimonial*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1997, págs. 213-236.
- PINCIONE, Guido, “Responsabilidad”, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía N° 11 - El derecho y la justicia, págs. 343-353.
- PLATA LÓPEZ, Luis Carlos, “Responsabilidad por Productos Defectuosos: del Código Civil al Estatuto de Protección del Consumidor”, en Revista de Derecho N° 25 (2006), Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), págs. 369-385.
- POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven, “The economic theory of public enforcement of law”, en National Bureau of

Economic Research working paper series - <http://www.nber.org/papers/w6993>.

- POSNER, Richard, "Utilitarismo, economía y teoría del derecho", en Rev. Estudios Públicos N° 69 (verano 1998), págs. 208-257.
- RIPSTEIN, Arthur, "Justice and Responsibility", en Can J Law Jurisprudence 17 no2 J1 2004, págs. 361-386
- "The division of responsibility and the law of tort", en Fordham Law Rev 72 no5 Ap 2004, págs. 1811-1844
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Igualdad política y desigualdad económica. Algunas reflexiones y propuestas aplicadas al Principio de Diferencia de Rawls", en Isonomía N° 4 (abril 1996), págs. 115-134.
- RIVERA, Julio César, "Economía e Interpretación Jurídica" en Exposición en la XV reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba (Córdoba, 23-24/10/2003).
- "Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo", L.L. 1998-C-518. ROSENKRANTZ, Carlos, "La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y el Análisis Económico del Derecho", en Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo N° 1; Buenos Aires, Ab-1996, págs. 93-106.
- SANTIN, Mónica Liliana y VÁZQUEZ, Juan Carlos, "La reforma constitucional argentina en materia de los derechos de los usuarios de servicios públicos", en Revista Derecho del Mercosur N° 6, diciembre 99, págs. 96-101.
- SERRANO, Enrique, "La teoría Aristotélica de la Justicia", en Isonomía N° 22 (Abril 2005), págs. 124-160.
- VILLA, Vittorio, "Constructivismo y teoría del derecho", en rev. Doxa N° 22, págs. 285-302
- WAJNTRAUB, Javier, "El consumidor argentino: su situación actual", en Estudios sobre Consumo N° 50, 1999, Instituto Nacional del Consumo, España 1999, págs. 113-123.
- "Las condiciones generales de contratación y la cuestión de las cláusulas abusivas y ambiguas", en rev. JA 1999-I-893.

ZIPURSKY, Benjamin C., "Rawls in Tort Theory: Themes and Counter-themes", en *Fordham Law Rev* 72 no 5 Ap 2004, págs. 1923-1940.

SUMARIO

Resumen	11
Introducción	13
Capítulo 1	
Los daños al consumidor	31
Capítulo 2	
Los antecedentes del régimen de responsabilidad por daños al consumidor en relación al factor de atribución. De la imputación subjetiva a la responsabilidad objetiva	61
Capítulo 3	
Los fundamentos del derecho del consumidor a reclamar daños	83
Capítulo 4	
Tesis jurídico-pública	89
Capítulo 5	
Las tesis jurídico-privadas	97
Capítulo 6	
Tesis económico-utilitarista	135
<i>Parte I</i>	
Los argumentos	135

Parte II

Contexto y fundamento del análisis económico 141

Parte III

Las reglas de responsabilidad civil por productos
según el análisis económico del derecho 161

Capítulo 7

Nuestra propuesta I. Entre el análisis económico
del derecho y la justicia distributiva 193

Capítulo 8

Nuestra propuesta II. Defensa del consumidor.
El consumidor como víctima y la protección del
débil jurídico 243

Conclusiones 269

Bibliografía 293

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de julio de 2014

