

DISOCIACIÓN ENTRE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN¹ *Dissociation between prevention and precaution*

Emiliano C. Lamanna Guiñazú²

Recibido: 1º de julio de 2016
Aprobado: 8 de agosto de 2016

Resumen: El autor analiza cómo la responsabilidad objetiva en el Derecho de Daños ha triunfado sobre la teoría de la culpa originando una mayor tutela para la víctima a través de la teoría del riesgo. De este modo, se produce una especie de “humanización” del Derecho Civil, ya que el *causante de riesgos* debe soportar las consecuencias que dicha actividad (riesgosa) genera.

Palabras claves: Responsabilidad objetiva - Daño - Causalidad - Prevención - Acción preventiva - Precaución - Acción precautoria - Jurisprudencia.

Abstract: The author analyzes how strict liability in Damage’s Law has triumphed over the theory of guilt resulting in greater protection for the victim through risk theory. Thus, a “humanization” of Civil Law occurs as the *cause of risks* must bear the consequences that such activity (risky) generates.

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto IUS titulado “Transformaciones del Derecho de Daños a la luz de la nueva función preventiva”, dirigido por el Prof. Dr. Fernando Ubiría, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

2 Abogado (UBA - 1994). Magíster en Derecho de la Alta Tecnología (UCA - 2008). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA - 2015). Profesor Adjunto en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños” en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Profesor Adscrito en la Universidad Austral de “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Profesor Adjunto en la Universidad del Museo Social Argentino - UMSA, en “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Administrador de Contenidos en el sitio web www.uba.edu.ar, en la Cátedra del Doctor Anibal Piaggio, en la asignatura “Derecho de las Obligaciones”. Correo electrónico: emilianolamanna@yahoo.com.ar.

Keywords: Strict Liability - Damage - Causation - Prevention - Preventive Action - Caution - Precautionary Action - Jurisprudence.

I. Introducción

La *responsabilidad objetiva* surge triunfante por sobre la débil *teoría de la culpa*, pues se mostró más propensa a tutelar el interés de la víctima del daño, toda vez que el contexto judicial de la noción culpógena tradicional afectaba aún más al perjudicado³. Esta nueva dimensión de la responsabilidad la logra la *teoría del riesgo*, donde se aligera la carga probatoria, siendo la relación de causalidad entre el hecho generador (acción u omisión) y el perjuicio sufrido la única herramienta que debía esgrimir el dañado para enderezar el sistema resarcitorio hacia el que ocasionó el daño. Asistíamos, casi sin darnos cuenta, a un primer rasgo de *humanización del derecho de la reparación civil*, donde la víctima se transforma en el eje del sistema.

Otro rasgo *humanizador* del Derecho de Daños es el actuar del agente que, en el ejercicio de una actividad, *genera riesgos*. Pues al hacerlo y dañar a otra persona cabe la reparación del perjuicio ocasionado. Lo que significa decir que el *causante de riesgos* debe soportar las consecuencias que dicha actividad (riesgosa) genera.

“Más vale prevenir que curar”, decía el viejo adagio médico que el Derecho tomó y reconvirtió en leyes tan dispersas como específicas, creando de tal manera una suerte de segundo adagio, “más vale prevenir que reparar”. Esta conversión marca un poco el trasegar del *derecho de la responsabilidad civil* al que conocemos hoy como el moderno *Derecho de Daños* actual, esto es de un derecho donde imperaba la reparación indemnizatoria a un derecho de la solidaridad resarcitoria... y *preventiva*.

II. Anclaje filosófico de la prevención: la *prudentia*

Creemos no equivocarnos al enfocar filosóficamente el problema de la *prevención del daño* en la noción de *prudentia*. Y como lo expresan los profesores Jorge Portela y Gabriel Maino, dicha noción no nos lleva a “[...] ex-

3 “En cuanto al Derecho de Daños, jurídicamente se dio respuesta a las expectativas del resarcimiento. Más aún, adquirió protagonismo la atribución objetiva de responsabilidad, que en rigor involucró la subjetividad del agente, se fue afinando el criterio de apreciación en concreto de la culpa y el daño; la liberación por caso fortuito quedó limitada en su operatividad por la incidencia de la tecnología, que confinó las hipótesis de imprevisibilidad e inevitabilidad, y en muchos casos esa liberación dependió de la ocurrencia de una fuerza mayor externa”. Alterini, A. A. y López Cabana, R. (1996). *Derecho de Daños*. Buenos Aires. Editorial La Ley, 73.

presiones multívocas, sino hipótesis múltiples, descripciones muy completas que nos brindan un panorama detallado de la importancia que presenta esta virtud en el desarrollo de la vida moral del hombre”⁴.

Los mismos autores citan a San Isidoro, afirmando que el normotipo del hombre *prudente* es aquél “[...] que ve de lejos, que es perspicaz y prevé con certeza a través de la incertidumbre de los sucesos”⁵.

Por su parte, Fernando Bermúdez, siguiendo el pensamiento de Casaubón, sostiene que el *reconocimiento jurídico prudencial*, como virtud intelectual: “[...] nos recuerda, es una virtud moral cardinal, pero al mismo tiempo es una virtud intelectual, que reside en el intelecto práctico. Su fin es determinar los debidos medios, en cada circunstancia, rectamente ordenados hacia el fin último moral. En Derecho se requiere prudencia para dictar leyes positivas, y ésta es una prudencia legislativa con mayor razón aún, se requiere prudencia para aplicar la ley a los casos concretos, y ésta es una prudencia judicial; en los ciudadanos se requiere prudencia en la obediencia a las leyes, y ésta es una prudencia ciudadana; [...]”⁶.

Volviendo a Portela y Maino, hacen una referencia concreta hacia lo *contingente* que atiende la *prudencia*, y dentro de lo *contingente* y de lo *práctico* al valor que brinda la *experiencia*, y sostienen: “En ese ámbito de lo contingente y de lo práctico es fundamental la experiencia, lo que es otro punto de contacto con el ámbito jurídico. El hombre conoce lo contingente a través de la experiencia, gracias a la capacidad de la cogitativa, que nos permite dar significado inteligible a lo que observamos a través de los sentidos, como aquél que viendo higos reconoce que se trata de higuera y no de un manzano”⁷.

La correcta *delimitación de los márgenes de incertidumbre* es la prevención, requiere de la *experiencia*, para que dicha frontera no se vuelva *desconocida o inoperante*. Lo que significa, entonces, que a la par de un grado certeza –otorgado en estos tiempos por la ciencia y la tecnología–, deben ser conocidas por aquéllos que plantean su nueva plasmación. Pues cuando hablamos de *prevenir un daño*, hay acuerdo en sostener que la experiencia

4 Portela, J. y Maino, C. A. (2014). “Prudencia Jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, 3. Disponible en el sitio web <http://catedraportela.blogspot.com.ar/2011/02/prudencia-juridica-argumentacion-y.html>.

5 Ibídem, 4.

6 Bermúdez, F. (2013). “El pensamiento filosófico-jurídico en Juan Alfredo Casaubón”. *Prudentia Iuris*, N° 75, 128. Citado en Tesis Doctoral del Dr. Emiliano Lamanna Guñazú, “Acerca de la mitigación de los daños por parte del acreedor. Análisis general y particular de las medidas a adoptar por el perjudicado a fin de que el daño que ha sufrido no resulte maximizado en sus efectos”. Rendida el 18 de marzo de 2015 en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

7 Portela, J. y Maino, C. A. Ob. cit., 5.

indica cierto grado o nivel de producción. Claro que *no todos los márgenes de incertidumbre se asemejan*, pero podemos acercarnos más a ellos si la *experiencia* nos asiste.

III. El novedoso paradigma preventivo en la responsabilidad civil

Aún con un proceso de humanización jurídica ya iniciado en la Argentina a fines de los años sesenta, había una tarea pendiente, pues con culpa o con riesgo *los paradigmas parecían no modificarse demasiado*: seguía siendo la responsabilidad civil el territorio propicio donde obtener una indemnización lo más plena posible, ajustada a las circunstancias que le había tocado vivir a la víctima. Logrando el brioso y desafiante *status quo ante* (estado anterior al daño) por supuesto, puramente ficticio, propenso más a un ardid para consolar a la víctima que un recurso veraz de composición del daño. Entonces, seguían componiéndose los perjuicios por medio de la aplicación de estas herramientas tradicionales. Por lo que vemos, era necesario correr ejes. Hacer ruido. Y que ese *status quo ante* fuera más sincero, abandonando la perplejidad que generaba la conversión indemnizatoria del daño, y proveyendo del realismo propio que encierra esta frase interrogativa: *¿Y si evitamos el daño, no estaríamos acaso en un estado anterior al mismo?*

En razón del Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998, Atilio Alterini sostenía, en relación a este novel paradigma preventivo: “[...] tenía un profundo sentido humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el punto de vista macroeconómico, por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia”⁸.

No obstante, la aguda mirada de Aída Kemelmajer de Carlucci lo veía de la siguiente manera: “No ignoro [...] que un importante sector doctrinal defiende la existencia de una única función: (la reparatoria) y argumenta que algunas de las otras funciones atribuidas son simplemente ‘la otra cara’. Más aún, algunos ofertan contra la pluralidad de funciones y con visión casi apocalíptica denuncian que provocará la ‘muerte de la responsabilidad’, la crisis o el ocaso. Sin embargo, no puede olvidarse que estas nuevas visiones

8 Alterini, A. (2000). *Antecedentes parlamentarios. Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires. La Ley, 91.

obedecen esencialmente a dos factores: 1) la gran plasticidad del Instituto y 2) las nuevas necesidades sociales”⁹.

Para Fernando Ubiría, la *prevención* del año “identifica, ordena y orienta al sistema en torno a la adecuada contemplación de su eje: el daño injusto o no justificado, por lo que el mandato consiste en anticiparse para evitar el acaecimiento del perjuicio”¹⁰.

Lo cierto es que nuestro novel Codificación Civil y Comercial se plantó en un estadio anterior al daño, previendo su producción (*Prius*), compartiendo el mismo con sus conocidos ropajes reparatorios. Legislando sólo sobre sus posterioridades, lo que de alguna manera lo deshumanizaba o desprendía de la víctima desconsolada, porque sólo veía la justicia en la reparación del daño y no en su evitación.

IV. La prevención como principio. Copiosas presencias legislativas. Consagración en la Ley 26.575. Requisitos de procedencia

Aún cuando la *prevención* y el debate abierto en derredor de ella pueda parecer reciente, tiene una amplísima convocatoria en numerosas leyes argentinas que le han dado presencia y, hasta diríamos, cierto grado de estelaridad. Veamos un poco esta normativa y determinemos luego si fuimos exagerados en nuestra afirmación: “[...] a las múltiples normas clásicas de policía del trabajo, Ley 19.587 (de salubridad, de construcción, de vehículos de transporte), se agregan otras, como las relativas a la contaminación del agua (Leyes 2797, del año 1891 y 13.577, modificada por Ley 20.324) y del aire (Ley 20.284), a la causada por buques (Ley 22.190), a la prevención de abordajes marítimos (Convenio de Londres de 1972, Ley 21.546), a la remoción de obstáculos en vías navegables (Ley 16.526 y luego Ley 18.024), a la evitación de la transmisión de ciertas enfermedades humanas (Ley 15.465), en particular el SIDA (Ley de Sangre 22.990, Ley de Lucha contra el SIDA 23.798), de animales (Ley 3.959 del año 1900) y de vegetales (Decreto Ley 6.704/1963); a la prevención de riesgos del trabajo (Ley 24.557), así como también al correcto funcionamiento del mercado (Ley 22.962); a la protección del consumidor (Ley 24.240), especialmente en cuanto a la publicidad

9 Kemelmajer de Carlucci, A. “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial de 2012”. *Revista Jurídica de la UCES*, 18. Disponible en el sitio web:

http://dispace.uces.edu.ar8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucci.pdf?sequence=1 (Consulta el 21-4-2016).

10 Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Prólogo de Alberto Bueres. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 49.

y lealtad comercial (Ley 22.802); defensa de la competencia (Ley 22.262); alimentos (Ley 18.248) y fármacos (Ley 16.463), y a su abastecimiento (Ley 20.680). La prevención a veces ilustra sobre ciertos riesgos (cigarrillos, Ley 23.344), y llega a la prohibición de una actividad (empleo de incineradores: Ordenanza 33.291/76 de la Municipalidad de Buenos Aires) o de tenencia o consumo (estupefacientes, Ley 23.737)¹¹. Sinceramente la vastedad de normas ofrecidas en áreas de la salud pública tan dispersas nos permite pensar que no hemos exagerado. La información legislativa nacional ya era vasta, y su núcleo a tutelar primordial era el mismo hoy en día: *la salud*. Con una fuerte presencia legislativa preventiva.

El fallo “Santa Coloma”¹², de 1986, anuncia el *principio de prevención* –no como una pura y dispersa creación legislativa, sino como *paradigma*–, al receptor en el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio *alterum non laedere* (no dañar a los demás), piedra angular del sistema resarcitorio civil, desde Roma hasta nuestros días.

Fortaleciendo estos dichos, Fabiana Compiani, además de acompañar la presencia de la norma del artículo 19, enumera los objetivos de la prevención, que serían: “[...] impedir, suspender, prohibir o hacer cesar la conducta ilícita, peligrosa y causante de una lesión actual o futura”¹³.

La Ley 25.675, “De Política Ambiental”, la define de la siguiente manera en su artículo 4º:

“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.

El anclaje preventivo, según vemos, nos viene desde el vértice absoluto de las leyes –como lo es la Constitución–, y la absorción legal marcha en línea descendente a partir del artículo 1º del Código Civil y Comercial¹⁴, que se identifica con el proceso de la llamada *Constitucionalización del Derecho Privado*, y también de *Humanización del Derecho Privado*.

11 *Antecedentes parlamentarios. Proyecto...* Ob. cit., 91.

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) – *Fallos*: 308:1160.

13 Compiani, M. F. (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, del 29 de septiembre al 1º de octubre de 2011, ponencia presentada a la Comisión Nº 3 – Principios de Prevención y Precaución, 1.

14 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015) - Artículo 1º - “*Fuentes y aplicación*”. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho”.

V. La herramienta de la precaución en el ámbito medioambiental. Rol del Mercosur

Si cada Estado miembro analiza y gestiona el riesgo de las actividades con anterioridad a su materialidad o suscita algún perjuicio, vamos a estar evitando daños que pueden propagarse y cuyas fronteras no pueden impedir que eso ocurra.

Más allá de esto, la Ciencia y la Tecnología actual no garantizan resultados, sólo dudas¹⁵. Este principio funciona coaccionando y limitando la causalidad (en especial, la causalidad adecuada), puesto que: “La Ciencia no puede determinar con certeza que un hecho cause un efecto, sino probabilidades de que ello ocurra”¹⁶. Dicha limitación de la causalidad adecuada no llega al punto de disipar este presupuesto de la responsabilidad civil al supuesto precautorio de que se trate.

Definamos, primero, qué entendemos por *precaución*. Se caracteriza “[...] por la acción anticipada delante del riesgo o del peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica”¹⁷, es decir, es un principio que “facilita y permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”¹⁸.

Otra definición importante del mencionado principio la brindan Dias Varella y Barros Platiau, quienes comentan sobre el mismo: “[...] se caracteriza por la acción anticipada delante del riesgo o peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica, es decir, es un principio que facilita o permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”¹⁹.

Por ello Kemelmajer de Carlucci plantea la cuestión de la siguiente manera: “El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar Derechos Humanos y privilegia las hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”²⁰.

15 Mariño López, A. (2013). “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. *LL*, Año LXXVII, N° 32. Buenos Aires, 1, en el cual sostiene: “El pilar básico de la Modernidad es puesto en duda y entra en crisis. La ciencia no llega a certezas absolutas, sino, tan solo, a conclusiones respecto a probabilidades. El conocimiento científico no disminuye los riesgos, los aumenta exponencialmente”.

16 *Ibidem*, 2.

17 Varella, M. D.; Platiau, A. F. B. (2005). *Organismos genéticamente modificados*. Belo Horizonte. 84.

18 *Ídem*.

19 *Ídem*.

20 Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). “Determinación de la filiación del clonado”. *JA* 2001 - IV Fascículo N° 12.

Haciendo una asimilación del principio con la *responsabilidad civil*, la doctrina europea, en la notable figura de Geneviève Viney, destaca que “la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aún cuando ello no obste a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aún en supuestos de riesgos potenciales”²¹.

Misma asimilación, pero en la doctrina nacional, es la que efectúa el maestro Atilio Alterini, al decir: “Es evidente que la teoría de la responsabilidad civil en su significado de Derecho de Daños (como por ejemplo lo emplea Santos Briz) o de *Accident Law* (como por ejemplo lo utiliza Calabresi) y, asimismo, en el que involucra las virtualidades del incumplimiento contractual, están en franca transformación. Interesa pues encontrar directivas orientadoras del sentido de esos cambios. En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial que trajo como secuela el maquinismo y el urbanismo y desembocó en la sociedad posindustrial (Belt) o en otras denominaciones –superindustrial (Toffler), neoindustrial (Valaskakis)–. En ese entorno las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente”²².

Nuestra Ley del Medio Ambiente también reconoce este principio, y claramente lo expresa en su artículo 4º de la Ley 26.575, “De Política Ambiental”, donde define el *principio precautorio* como: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Una notable jurisprudencia nacional se ha dictado en nombre de este principio, lo que a todas luces señala con detalle que la justicia se ha ocupado de señalar los peligros que la Ciencia y la Tecnología no se encontraron en capacidad de señalar²³.

21 Viney, G. (2000, 30 de noviembre). “Le principe de Précaution. Le point de vue d’un jurista”. *Le Petit Affiches*, 70.

22 Alterini, A. A. (1987). Capítulo XI: “La sociedad industrial y postindustrial. Incremento de las causas de daños potenciales”. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 15.

23 CSJN 5-3-2002, Autos: “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”; Cámara Federal de La Plata, Sala 3ª, del 30-6-2003 – Autos: “Mazzeo, Alicia S. c/ YPF S.A.”, 2003 – III, 394; Cámara Federal de La Plata, Sala 2ª, del 8-7-2003 – Autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ cese cableado y traslado subestación transformadora Sobral de Ezpeleta”; STJ Río Negro, del 17-3-2005 – Autos: “Bordenave, Sofía c/ Mandamus s/ amparo”.

El Tratado de Asunción de 1991, que abrió el proceso de integración sudamericano a través del Mercosur, fue muy vasto y prolífico en materia medioambiental²⁴.

Como consecuencia de la falta o ausencia de certeza científica se vuelve necesario alejar el peligro y proporcionar seguridad a las generaciones presentes y futuras, a través de medidas que puedan evitar daños al medio ambiente, reportándose el *principio de precaución*²⁵. Tal como lo señala en nuestra doctrina Augusto Morello, cuando dice: “La vida privada se tiñe de pública. De lo expuesto surgen claramente los grandes desafíos que plantea la compleja –pero al mismo tiempo angustiante y vital– problemática ambiental: 1) en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental; 2) saber encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad sustancial procesal, todo ello bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma, consagra, con privilegiado ropaje tuitivo, esos derechos de tercera y cuarta generación. Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando respuestas vivas a los problemas de hoy”²⁶.

Hay que decirlo, el Derecho Medioambiental es el punto central del *principio precautorio*; tal como lo señala la doctrina brasilera en la persona de Antonio Benjamín, es la protección del medio ambiente, al decir: “La precaución distingue el Derecho Ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente el Derecho Penal (responsabilidad penal) y el Derecho Civil (responsabilidad civil), porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, que la precaución pretende apartar”²⁷.

24 La cuestión ambiental en el Mercosur vino a la luz mediante la Declaración de Canela en 1992, también suscripta por Chile. Por medio de esta, se estableció que las operaciones comerciales deberían abarcar los costos ambientales resultantes de las fases de producción y no transferir los mismos a las generaciones posteriores. Esta declaración produjo una mayor uniformidad en los Estados-Miembro en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río de Janeiro ese mismo año. Posteriormente, en el año 1995, se produce la Declaración de Taranco, en la cual los países miembros concordaron con la armonización de sus normas y legislaciones ambientales.

25 Kiss, A.; Shelton, D. (1995). *Traité de droit européen de l'environnement*. Paris. Editions Frison-Roche, 41-43: “Absence de certitude – Le principe de précaution est celui qui connait à tous les égards le développement le plus spectaculaire. Il vise à ce que, par prudence, certaines mesures soient prises même en l'absence de certitude scientifique [...]”.

26 Morello, A. M. (1995). “El desafío de nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”. *Revista Jurisprudencia Provincia*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 521.

27 Benjamín, A. E. (2001). “Derechos de la Naturaleza”. En AA. VV., *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 31.

Esta aseveración del jurista brasileiro parecería aclarar la ausencia de la precaución del nuevo Código Civil y Comercial argentino, que no puede dejar en manos de la incertidumbre un aspecto tan central a su fin como en la reparación de daños.

Por otra parte, una forma en la que los miembros del Mercosur utilizan la *precaución* es el *derecho de alerta* a fin de que toda la sociedad sea informada de los riesgos que presenta una determinada actividad, y como la intención es evitar daños, solo hace falta quien alerte sobre su existencia²⁸.

Actualmente, el conjunto del cuerpo social es considerado como una *sociedad de riesgos*²⁹; otra forma de *precaución* ejercida por los Estados que pertenecen al Mercosur consiste en adoptar regímenes específicos atendiendo determinados riesgos, es decir, considerar, en sus normas internas, la llamada *socialización de riesgos*³⁰. Por tanto, nos parece adecuado sostener que el *seguro forzoso de responsabilidad civil* sería una herramienta fundamental en esta *sociedad de riesgos*, y que la preservación del medio ambiente exige una política en esa dirección.

Justamente en materia de *protección al medio ambiente*, nos parece adecuado mencionar el fallo de la Provincia de Chubut que sostuvo: “Si bien el daño ambiental o su probabilidad son cuestiones de compleja determinación y quien debe juzgarlos debe actuar con suma prudencia, corresponde suspender las tareas de prospección y explotación minera, pues la seria y razonable duda científica sobre las consecuencias negativas que estas actividades pueden ocasionar aconseja que el amparo ambiental es la solución adecuada, tal como lo determina el principio de precaución consagrado por el artículo 3° de la Ley 4.563 –Ley General de Ambiente de la Provincia de Chubut”³¹.

Vale la pena mencionar, también, que en 2006, nuestro Máximo Tribunal entendió en un complejo caso de contaminación del *Río Matanza-Riachuelo*, donde sostuvo: “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes,

28 El alertador es la persona que brinda información a la población o a las autoridades públicas que rigen a ese grupo social, robusteciendo de algún modo el derecho a la información.

29 Luhmann, N. (1993). *Risk: a sociological theory*. New York. Ad Aldine de Gruyter, 27.

30 Para que la socialización de riesgos cobre forma, resulta necesario que cada Estado miembro conforme un sistema de seguros y fondos de cobertura verdaderamente comprometidos en socializar la responsabilidad producida y, por ende, el daño ocasionado. Claro, sabemos que el mecanismo asegurativo sólo aplica daños conocidos y/o detectables, no así los que no sabemos a ciencia cierta si van a suceder.

31 *Adla* LX-A, 904, dictado por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut el 24-6-2003, “Villivar, Silvana N. c/ Provincia de Chubut y Otros”, *LLPatagonia* 2004, mayo, 348.

de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí, y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo”³².

Vemos, de tal manera, que la jurisprudencia ha sido generosa en aceptar la presencia del *principio precautorio* en materia ambiental. De manera más generosa, quizás, que el principio preventivo tal como lo refleja la importante jurisprudencia exhibida, lo cual no fue obstáculo para la consagración legislativa de esta última y no de la primera.

VI. El artículo 1710: La prevención en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015

En sentido favorable a su recepción se ha expedido Fernando Ubiría, para quien la recepción de este paradigma introduce: “El proyecto [...] pone el acento en la necesidad de hacer foco primeramente en un estadio previo, el *ex ante* (la prevención) más que en el *ex post* (la indemnización)”³³.

La norma contenida en el artículo 1710 habla del llamado “Deber de Prevención del Daño” y dice lo siguiente:

“Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en los que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

La fuente de la norma del 2012/2015 es el artículo 1585, que en una forma idéntica legislaba sobre la materia.

Lo primero que corresponde decir es que el mencionado *deber* que comienza señalando la norma: “[...] no es moral sino jurídico, puesto que pue-

32 CSJN, M 1569. XL, 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

33 Ubiría, F. A. (2012). “La Responsabilidad Civil”. *Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de 2012*. Buenos Aires. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, El Derecho, 491.

de ser exigido su cumplimiento judicialmente cuando se cumplan las condiciones previstas en los artículos 1711 y 1712³⁴.

Lo segundo que corresponde sostener es que los tres incisos señalados no hablan estrictamente de prevención del daño. O, en todo caso, que sólo lo hacen los dos primeros: el a) y el b), en tanto que el c) hace referencia expresa a la llamada mitigación del daño (*mitigation of damages*), tanto sea por la propia víctima –que sería lo más razonable– como por un tercero, sobre lo que no me explayaré en el presente trabajo.

Pareciera que las normas contenidas en los artículos 1711³⁵ y 1712³⁶, así como en cuantiosos pronunciamientos judiciales, sólo estiman el *principio de prevención*, no así el de *precaución*, que pareciera haber quedado confinado “[...] en los regímenes específicos que la contemplan³⁷. Lo cual parece razonable, en la medida en que la prevención garantiza un daño efectivo, por tanto, la reparación de las medidas que lo evitan son sobre las sólidas bases de la previsibilidad, y no en el margen de la imprevisibilidad que plantea la precaución.

Sobre la *acción preventiva* de la norma contenida en el artículo 1711 se ha dicho: “[...] era función del Estado, y de contenido propio del Derecho Administrativo, la tarea preventiva tendiente a evitar la plasmación del evento dañoso (Compiani). Pero luego se reconoció la presencia de un remedio procesal, como ser la llamada ‘tutela civil inhibitoria’, que conmovió y, a su vez, comprometió el orden jurídico privado y, en particular, el Derecho Civil³⁸.

Esta *herramienta procesal* pretende estar activa o presente en todas las fases donde el daño sea de posible ocurrencia, proponiendo bien detener su producción o bien su continuación o agravamiento.

VII. Funcionamiento de los presupuestos generales del responder

La prefiguración que cabe hacerse sobre el Instituto –como, en particular, se hace sobre todos los Institutos de nuestra materia– versa sobre

34 Alferillo, P.; Gómez Leo, O. y Santarelli, F. (2015) Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Alterini, Jorge (Director), Tomo VIII. Buenos Aires. La Ley, 14.

35 Art. 1711 - “*Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación y agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

36 Art. 1712 - “*Legitimación*. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

37 Alferillo, P.; Gómez Leo, O. y Santarelli, F. Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Ob. cit., 23.

38 Lamanna Guiñazú, E. (2012). *La prevención del daño: una evolución en el Proyecto del Código Civil Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, N° 13.099, ED 249.

los *requisitos de procedencia* para que este se configure, o sea, los llamados *presupuestos de la responsabilidad*. Para ello, nada mejor que Compiani, para quien: “Los requisitos de procedencia son la antijuridicidad, el peligro o amenaza de daño, el interés legítimo del sujeto que reclama la tutela, la posibilidad material y jurídica de detención de la acción dañosa. En cambio, prescinde del factor de atribución”³⁹; tema sobre el cual volveremos al cerrar el presente trabajo.

Para formar parte del Derecho de Daños, para ser reconocido un instituto con contenido reparador, resulta trascendente pasar por el tamiz examinador de los llamados *presupuestos generales del responder*⁴⁰, los que –como dijimos– le dan a los institutos sometidos a su análisis raíz y pertenencia en materia resarcitoria⁴¹.

Por cierto que ese tamiz ya ha sido cubierto por la sanción legislativa del año 2015, pero vale la pena relevar a cada uno de ellos y determinar si fue costoso o no lograr dicha determinación. Veamos cómo funcionan en el instituto de la prevención...

¿Qué se necesita para que proceda la prevención del daño? Compiani contesta que serían estos los requisitos de admisibilidad:

- Antijuridicidad⁴².
- Peligro o amenaza de daño⁴³.
- Interés legítimo del sujeto⁴⁴.
- Posibilidad material y jurídica de detención de la acción dañosa⁴⁵.

39 Ídem.

40 Los presupuestos generales del responder son el camino a la reparación, y desde siempre se los identificó como cuatro (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad), pero para obtener una *ejecución forzada o la ejecución por otro a costa del deudor* sólo se requiere la procedencia de los dos primeros. Sólo frente al incumplimiento definitivo se deben dar los cuatro a fin de obtener la reparación indemnizatoria correspondiente.

41 Vamos a ver si su adaptabilidad es tal que lo permite, o si no estamos pretendiendo asimilar las viejas estructuras indemnizatorias a noveles paradigmas más propensos a colisionar que a asimilarse.

42 Desde una mirada tradicional, este sí es un presupuesto general del responder, también conocido como incumplimiento objetivo o material.

43 El daño no producido, la incertidumbre de su aparición, es el gran núcleo del Instituto. Este no debe haberse producido pues estaríamos frente a un supuesto tradicional enjugado por medio de la indemnización típica que lo avalúa.

44 Este es un presupuesto del daño jurídico o resarcible, es decir, un presupuesto conocido para que el mismo sea reparado. La afectación de ese peligro de daño debe incidir sobre un interés legítimo del sujeto.

45 La referencia concreta de la norma pasa porque las medidas sean efectivas, y lo que logra que esto sea así es que sea posible detenerlas. Entonces, el/los sujetos involucrados deberán contar con elementos que aseguren esa posibilidad, desde un punto de vista físico

- Prescendencia del factor de atribución⁴⁶.

La *precaución* nos enfrenta a un riesgo potencial y no actual como la *prevención*, y sus requisitos son:

- La incertidumbre acerca del riesgo.
- La evaluación científica del riesgo.
- Perspectiva de un daño grave o irreversible.

Mostrar el *daño* en estado latente afecta de alguna manera a la *causalidad*, a la que el daño se encuentra tan ligada, pues la actividad preventiva no deja de ser un *proceso causal anticipado*.

La gran discusión relacionada con ambos institutos versa sobre la *antijuridicidad*. En torno a la *prevención* se ha dicho que la acción preventiva es autorizada por el artículo 1711, a lo que sostienen Alferillo, Gómez Leo y Santarelli: “[...] debemos tener en cuenta que el daño será futuro, con lo cual el mismo, al momento de impetrarse la acción preventiva, no se ha producido aún, motivo por el cual al no existir en la realidad fáctica el menoscabo, no es operativa la presunción de ilicitud contenida en el artículo 1717, donde se regula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no, no está justificado”⁴⁷.

VIII. Conclusiones

A la luz de lo señalado en los puntos precedentes, podemos enfatizar la cuestión en los tópicos que a continuación ponderamos:

- “Más vale prevenir que curar”, decía el viejo adagio médico. A lo que, reconvertido en nuestra área de conocimiento, podríamos mencionar como una suerte de segundo adagio, “más vale prevenir que reparar”.
- El paradigma preventivo, a la par de ser un principio profundamente humanista, resulta económicamente eficiente.

o jurídico. A lo que deberemos sumar la absoluta independencia de estos con el daño que se intenta provocar. Es decir, ser absolutos terceros al hecho o eventuales víctimas. Caso contrario no habrá reparación alguna.

46 Compiani, M. F. (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. Ob. cit., 3.

47 Que la incertidumbre que brinda el daño a producirse pueda desbaratarse por medio de una medida concreta no sólo asoma como necesaria, puesto que podríamos emprender una medida evitativa absolutamente desproporcionada entre medios y fines; se ve como razonable.

- Aún cuando la *prevención*, y el debate abierto en derredor de ella, pueda parecer reciente, tiene una amplísima convocatoria en numerosas leyes argentinas que le han dado presencia y, hasta diríamos, cierto grado de estelaridad.
- El fallo “Santa Coloma”, de 1986, anuncia el *principio de prevención* –no como una pura y dispersa creación legislativa, sino como paradigma–, al “descubrir” en el artículo 19 de la Constitución Nacional el principio *alterum non laedere* (no dañar a los demás), piedra angular del sistema resarcitorio civil, desde Roma hasta nuestros días.
- La Ley 25.675, “De Política Ambiental”, la define de la siguiente manera en su artículo 4º: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir”.
- La *precaución* se caracteriza “[...] por la acción anticipada delante del riesgo o del peligro, teniendo como finalidad evitar o disminuir los daños al medio ambiente cuando haya incertidumbre científica delante de la amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica”, es decir, es un principio que “facilita y permite disminuir las probabilidades de que un daño ambiental más grave ocurra”.
- Nos parece adecuado sostener que el *fondo asegurativo* sería una herramienta fundamental en esta *sociedad de riesgos*, y que la preservación del medio ambiente exige una política en esa dirección.
- Mostrar el *daño* en estado latente afecta de alguna manera a la *causalidad*, a la que el daño se encuentra tan ligada, pues la actividad preventiva no deja de ser un *proceso causal anticipado*.
- La norma contenida en el artículo 1710 habla del llamado “Deber de Prevención del Daño”.
- Los tres incisos señalados no hablan estrictamente de prevención del daño. O, en todo caso, sólo lo hacen los dos primeros: el a) y el b), en tanto que el c) hace referencia expresa a la llamada mitigación del daño (*mitigation of damages*), tanto sea por la propia víctima –que sería lo más razonable– como por un tercero,
- La herramienta procesal del artículo 1711 sobre “acción preventiva” del Código Civil y Comercial pretende estar activa o presente en todas las fases donde el daño sea posible que ocurra, proponiendo bien detener su producción o bien su continuación o agravamiento.
- El Código Civil y Comercial de la Nación por fuerza de la norma mencionada sólo acepta el principio preventivo, es decir, aquél que puede decirse que está embebido de previsibilidad de ocurrir, no así el de precaución.

- Pensamos que esto es así, pues la reparación de las medidas evitativas requieren dicha previsibilidad, no así la imprevisibilidad que es el sello de la precaución.
- Es muy importante juzgar la presencia de los presupuestos generales del responder en ambos institutos, puesto que los parámetros reparatorios no se mueven por los estándares conocidos del *posterius* dañoso, sino de un *prius* que –naturalmente– transforma la visión tradicional de estos presupuestos.
- Los presupuestos o requisitos que asoman como más razonables para la producción de la prevención son la antijuridicidad, el peligro de daño y el interés legítimo del sujeto.

Bibliografía y jurisprudencia

- Adla* LX-A, 904, dictado por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut el 24-6-2003, “Villivar, Silvana N. c/ Provincia de Chubut y Otros”, *LLPatagonia*, 2004, mayo, 348.
- Alferillo, Pascual; Gómez Leo, Osvaldo y Santarelli, Fulvio (2015), Directores del Tomo *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires. La Ley, 23.
- Alterini, Atilio Aníbal (1987). Capítulo XI: “La sociedad industrial y postindustrial. Incremento de las causas de daños potenciales”. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 15.
- Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto (1996). *Derecho de Daños*. Buenos Aires. La Ley, 73.
- Alterini, Atilio Aníbal (2000). *Antecedentes parlamentarios. Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires. La Ley, 91.
- Benjamín, Antonio E. (2000). “Derechos de la Naturaleza”. En AA. VV., *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 31.
- Bermúdez, Fernando (2013). “El pensamiento filosófico-jurídico en Juan Alfredo Casaubón”. *Prudentia Iuris*, N° 75. Buenos Aires. Educa, 128.
- Compiani, María Fabiana (2011). “Los principios de prevención y precaución en el Derecho de Daños”. *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, del 29 de septiembre al 1° de octubre de 2011, ponencia presentada a la Comisión N° 3 – Principios de Prevención y Precaución, 1.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) – *Fallos*: 308:1160.
- CSJN 5-3-2002, Autos: “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”; Cámara Federal de La Plata, Sala 3ª, del 30-6-2003 – Autos: “Mazzeo, Alicia S. c/ YPF S.A.”, 2003 – III, 394; Cámara Federal de La Plata, Sala 2ª, del 8-7-2003 – Autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE-EDESUR s/ Cese cableado y traslado subestación transformadora Sobral de Ezpeleta”; STJ Río Negro, del 17-3-2005 – Autos: “Bordenave, Sofía c/ Mandamus s/ amparo”.

- CSJN, M 1569. XL, 20/672006, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2001). “Determinación de la filiación del clonado”. *JA* 2001 –IV Fascículo N° 12.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto del Código Civil y Comercial de 2012”. *Revista Jurídica de la UCES*, 18. Disponible en el sitio web: http://dispace.uces.edu.ar8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucci.pdf?sequence=1 (Consulta el 21-4-2016).
- Kiss, A.; Shelton, D. (1995). *Traité de droit europeen de l'environnement*. Paris. Editions Frison-Roche, 1995, 41-43.
- Lamanna Guiñazú, Emiliano (2012). *La prevención del daño: una evolución en el Proyecto del Código Civil Argentino*. Buenos Aires. El Derecho, N° 13.099, ED 249.
- Luhmann, Niklas (1993). *Risk: a sociological theory*. New York. Ad Aldine de Gruyter, 27.
- Mariño López, Andrés (2013). “La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución”. *LL Año LXXVII*, N° 32. Buenos Aires, 1.
- Morello, Augusto Mario (1995). “El desafío de nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”. *Revista Jurisprudencia Provincia*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni, 521.
- Portela, Jorge y Maino, Carlos Alberto (2014). “Prudencia Jurídica, argumentación y razonamiento judicial”, 3. Disponible en el sitio web <http://catedraportela.blogspot.com.ar/2011/02/prudencia-juridica-argumentacion-y.html>.
- Tesis Doctoral del Dr. Emiliano Lamanna Guiñazú, “Acerca de la mitigación de los daños por parte del acreedor. Análisis general y particular de las medidas a adoptar por el perjudicado a fin de que el daño que ha sufrido no resulte maximizado en sus efectos”. Rendida el 18 de marzo de 2015 en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).
- Ubiría, Fernando Alfredo (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación*. Prólogo de Alberto Bueres. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 49.
- Ubiría, Fernando Alfredo (2012). “La Responsabilidad Civil”. *Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de 2012*. Buenos Aires. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El Derecho, 491.
- Varella, Marcelo Dias; Platiau, Ana Flavia Barros (2005). *Organismos genéticamente modificados*. Belo Horizonte. Del Rey, 84.
- Viney, Geneviève (2000, 30 de noviembre). “Le principe de Précaution. Le point de vue d'jurista”. *Le Petit Affiches*, 70.