

## PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN DEL DAÑO

Sergio Leandro Claps<sup>1</sup>

### Introducción

La obligación general de «no dañar» hace surgir inmediatamente la obligación de reparar el daño una vez que este haya acaecido. Sobre este supuesto se construyó, casi con exclusividad, la doctrina clásica, más preocupada por resarcir el daño ya producido que por prevenirlo. Solo en las últimas décadas se ha comprendido que se logrará una mayor efectividad del Derecho cuando el acento se coloque más en la prevención que en la reparación.<sup>2</sup>

Zabala de González sostiene que:

*...dentro del más elemental sentido común y como instinto natural del ser humano, resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su menoscabo. Es inexplicable que el derecho de daños se haya conferido tanta atención a la reparación y tan poca a la prevención de los perjurios injustos. El individualismo y la exageración del principio de libertad no han permitido el cabal respeto hacia las posibles víctimas de daños inmerecidos, cuya cautela es imperativa por el principio de solidaridad.<sup>3</sup>*

Tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se advierten tendencias doctrinarias decididas en favor de los remedios preventivos, que se presentan como complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias y punitivas.

<sup>1</sup> Profesor Adjunto de la Cátedra “B” de Derecho Civil, Segundo Curso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. U.N.N.E.

<sup>2</sup> Vide NICOLAU, Noemí L. (1996) «La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional». En: La Ley, 1996-A, 1245.

<sup>3</sup> ZABALA DE GONZÁLEZ, M. “La tutela inhibitoria contra daños”, en la revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, págs. 1 y ss.; NICOLAU, N. “La tutela inhibitoria y el nuevo Artículo 43 de la Constitución Nacional”, en LL, 1996-A-1245; LORENZETTI, R. “La tutela civil inhibitoria”, en la LL. 1995-C-1217; MORELLO A. y STIGLIS R. (1986) *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata: Platense.

La tendencia propia de las sociedades contemporáneas a la producción de hechos potencialmente dañosos hace que la prevención vaya adquiriendo cada vez más importancia, pues sus objetivos son justamente evitar la siniestralidad, o por lo menos reducir sus efectos si el fenómeno dañoso llega a producirse.

Esta tutela preventiva adquiere especial relieve cuando se ponen en juego intereses colectivos o difusos de una comunidad, como ocurre en el derecho ambiental. Aquí los remedios preventivos tienden a contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad prosiguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz.<sup>4</sup>

La equilibrada prevención del daño es beneficiosa para damnificados potenciales, por cuanto que a través del resarcimiento de los perjuicios causados no se elimina del mundo los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos. La prevención es también útil y conveniente para el potencial dañador, pues —en definitiva— lo pone a cubierto de las contingencias lesivas que, por su gravedad y entidad, pueden llevarlo a una situación económicamente difícil con motivo de las eventuales indemnizaciones que deba afrontar.

Por otro lado, también desde una perspectiva comunitaria su importancia es relevante, pues todo daño incide negativamente en la sociedad, en forma más o menos directa según los casos, afectando los niveles de riqueza y de producción y la calidad de vida de los ciudadanos.

La doctrina especializada señala que la “Prevención” presenta las siguientes ventajas:

1. Ahorra los costos de todo daño, sea personal o patrimonial;
2. Se inserta en la verdad del antiguo adagio: “mejor prevenir que curar”;
3. Mantiene la paz social, la armonía y la solidaridad;
4. Libera a la justicia institucionalizada de la carga de nuevas causas judiciales – que en la actualidad abarrotan nuestros tribunales;<sup>5</sup>

<sup>4</sup> MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A. «Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia». En: La Ley, 1987-D, 364.

<sup>5</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge (1998) *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte Gral. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pág. 42; TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MEZA, M. (2004) *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, págs. 61 y ss.

5. Como vemos, existen distintas razones que tornan procedente la consagración de una función preventiva del derecho de daños.

*“No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación.”*<sup>6</sup>

### Las distintas formas de prevención

Pueden distinguirse varias formas de prevención:

1. Una, de carácter general, opera de manera indirecta, por *disuasión*, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Un adecuado régimen de sanciones puede constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que genera para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley. Dentro de esta forma de prevención podemos mencionar la aplicación de los punitivos como disuador de conductas antisociales.<sup>7</sup>

Con relación a los daños punitivos, cierto sector de la doctrina ha propiciado que en nuestro derecho se adopte una similar solución a la de los tribunales del *Common Law*, de conceder las indemnizaciones por daño, condenando además al pago de otras sumas a título de punición.<sup>8</sup>

En sentido contrario, Kemelmajer de Carlucci, considera inconveniente la implementación de los daños punitivos *“sobre la base de que la efectividad disuasoria de la figura es dudosa”*, puesto que, *“un modo general de disuasión requiere que los destinatarios de las normas la conozcan y aun hoy la mayoría de la gente ignora los alcances del sistema general del derecho de Daños”*. Puede recordarse, como corroboración de lo antedicho,

<sup>6</sup> VAZQUEZ FERREYRA, Roberto (1993) *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Depalma, pág. 239, quien cita a su vez a Ernesto Caballero, en su ponencia general internacional sobre prevención y seguros, en el V Congreso Mundial del Derecho de Seguros define la prevención como el *“conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes”*.

<sup>7</sup> PIZARRO Ramón D. “Los daños punitivos”. En: *Derechos de Daños*. Tomo II. Buenos Aires: La Rocca.

<sup>8</sup> ZABALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZABALA, *Indemnización punitiva*, pág. 193; GALDOS, Jorge, *Los daños punitivos*. En: R. C. y S. 1999-203.

los dos casos más famosos de daños punitivos registrados en la jurisprudencia estadounidense: “*Grimshaw c/ Ford Motors Co.*” del año 1981 y “*Anderson c/ General Motors*” de 1999; ambos muy similares, con condenas multimillonarias motivadas por daños resultantes de incendios que se produjeron en automóviles en razón de defectos de construcción que habían sido advertidos con anterioridad a tales eventos, pero que las compañías demandadas prefirieron ignorar por haberse estimado que habría de ser más económico el pago de las indemnizaciones por los accidentes que pudieran producirse que el retiro y reemplazo de todos los vehículos entonces ya vendido y en circulación, lo cual pone de resalto, indiscutiblemente que en el último suceso no llegó a existir ningún efecto “disuasivo” resultante de lo que había ocurrido y fuera resuelto 18 años atrás en el primer caso.<sup>9</sup>

Este tema también ha sido analizado por Vazquez Ferreira, desde la óptica de la razonabilidad de la indemnización, afirmando, que no rechaza la idea de estas multas civiles siempre que tengan carácter excepcional y se impongan con suma prudencia.<sup>10</sup> En igual sentido se manifiesta Pizarro al sostener que: “*las indemnizaciones punitivas solo deberían proceder en caso de dolo o culpa grave del responsable o de sus dependientes, administradores o representantes*”.<sup>11</sup>

En sentido coincidente se ha manifestado la Comisión Interdisciplinaria (Derechos del Consumidor) en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Córdoba en año 2009, donde la doctrina nacional más calificada y especializada en la materia ha sostenido que: “*Los daños punitivos proceden en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos*”.

Consideramos que este sistema de penas privadas requiere de una plataforma normativa, de la que carecemos en la actualidad en la República Argentina, al igual que en la mayor parte de Latinoamérica. Esa base normativa, debería emer-

<sup>9</sup> KEMELMAGER DE CARLUCCI, Aida. “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos?”. N°31, págs. 107 y ss.

<sup>10</sup> VAZQUEZ FERREIRA, Roberto. “La razonabilidad en el derecho de las Obligaciones en los albores del siglo XXI”. Homenaje al profesor Roberto López Cabana (2001) Buenos Aires: Abeledo-Perrot, págs. 430 y ss.

<sup>11</sup> PIZARRO, Ramón Daniel (1996) *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hnmurabi, pág.484.

ger del propio Código Civil, *a través de una normativa de carácter general*, sin perjuicio de sus posibles *aplicaciones específicas* en distintos ámbitos, con las particularidades que cada caso impone (daños causados por productos y servicios, tutela de la dignidad de la persona, daños causados por la actividad de los medios de comunicación social, daños causados a través de la informática, daño ambiental, etcétera), como se dio con la incorporación del Artículo 52 bis,<sup>12</sup> reforma que la Ley 26361, de abril de 2008, realizó sobre la Ley 24240. El Proyecto de 1998, con excelente criterio, regula la cuestión en el Artículo 1587:

Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

Pizarro afirma que esta norma:

*...es revolucionaria en nuestro sistema y sin duda alguna, es la reforma más importante que en materia de derecho de daños trae el Proyecto. Está llamada a cumplir un rol preponderante que, en manos de los jueces, permitirá alcanzar el desmantelamiento pleno de los efectos de numerosos ilícitos y, al mismo tiempo, erigirse en un instrumento eficaz y realista de prevención del daño (disuasión indirecta por la amenaza que representa la sanción) y de sanción de ciertas inconductas calificadas por su gravedad.*

La norma faculta a los jueces a aplicar sanciones económicas a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de intereses de incidencia colectiva. Como vemos, no cualquier inconducta es apta para

<sup>12</sup> “Artículo 52 bis. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduara en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el Artículo 47, Inc. b) de esta ley”.

provocar la multa: debe tratarse de una grave indiferencia respecto de tales derechos o intereses, lo cual nos coloca en una esfera próxima a la de la culpa grave o, con mayor razón, del dolo.

El monto es fijado atendiendo a las circunstancias del caso, a la entidad del menoscabo, en su caso a la gravedad, a la reiteración de conductas lesivas y, sobre todo, a los beneficios que el agente obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta. Quedan, de tal modo, expresamente comprendidos los ilícitos lucrativos, aunque el ámbito de aplicación de la figura no esté circunscripto a ellos. Una novedad interesante que trae la figura es que faculta al juez, mediante resolución fundada, para determinar el destino de la multa. Ello implica que, atendiendo a las circunstancias del caso, el magistrado podrá disponer que su producido sea entregado, por ejemplo, al Estado, a un organismo de bien público, a una asociación de protección del ambiente o, inclusive, al propio afectado (supuesto que marcaría una fuerte aproximación con la teoría de los daños punitivos del derecho estadounidense).

2. Una segunda forma de prevención, más específica, tiene cabida dentro de un *contexto circunscrito a las actividades riesgosas o peligrosas*, por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran, o para proteger ciertos derechos que hacen a la dignidad humana. Esta prevención se realiza frecuentemente mediante la imposición, a ciertos sujetos de deberes especiales, destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño, o detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.

Esta última forma de prevención es la que mayor interés representa para el derecho actual.

### **Presupuestos generales de la prevención del daño**

Para admitir con *razonable* amplitud el derecho a la prevención del daño injusto, habrá que ponderar muy especialmente la presencia de ciertos presupuestos de carácter genérico, cuya adecuada comprensión permitirá la eficacia o no de la tutela preventiva.

Como presupuestos se señalan:

1. Es preciso que la amenaza de causación del daño provenga de una *actividad potencialmente antijurídica*, «porque solo ante la ilicitud del com-

portamiento del demandado cabe restringir su libertad». La valoración de tal carácter requiere una ponderación amplia y flexible, que contemple y *armonice* todos los intereses que con grado de razonable probabilidad objetiva serán alcanzados por el conflicto. Una tutela preventiva excesiva puede avanzar indebidamente sobre otros derechos del potencial dañador, algunos de carácter constitucional (trabajo, libertad) y llevar a una inmovilidad económica y social no deseable. Toda actividad humana -aun las más inofensivas-, genera en función de las circunstancias, márgenes de riesgo de dañosidad para terceros;

2. Debe existir *razonable relación entre el hecho potencialmente generador del daño y el perjuicio*. Este, conforme a una perspectiva causal, debe aparecer como consecuencia previsible de aquél (*Lorenzetti*);

3. La amenaza de daño *debe proyectarse sobre un interés legítimo del actor o actores*, sea patrimonial o espiritual, de goce individual o colectivo. La amenaza de daño a intereses difusos (por ejemplo: los relacionados con la protección del ambiente o de los derechos de los consumidores y usuarios) habilita a cualquier interesado a articular la acción de amparo que reconoce la Constitución Nacional en su Artículo 43;

4. *La acción dañosa no debe estar ya consumada*. Es decir, debe existir la posibilidad material y jurídica de impedir la producción del daño o de detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada;

5. *No debe haber obstáculos normativos*, aplicables en el caso concreto, que impidan la medida preventiva. Tal lo que sucede, por ejemplo, con la prevención del daño causado por la actividad de los medios de prensa, cuando se trata de expresar ideas y opiniones, ya que la Constitución Nacional prohíbe dichas medidas en cuanto pueden significar censura previa (Artículos 14 y 32).

### **La prevención del daño en el derecho argentino**

En nuestro país es posible delinear la existencia de un *principio de prevención* conforme al cual los daños deben ser evitados, sea que deriven de hechos ilícitos en sentido estricto, o de incumplimientos contractuales, que lesionen intereses individuales o colectivos.

Si bien no encontramos una regulación orgánica en tal sentido, se puede inferir sin dificultades la existencia de dicho principio de todo un plexo normativo, sustancial y procesal. Dicho sustrato normativo está integrado por distintas normas, sustanciales y procesales.

La institución a la cual se recurre es la denominada “*tutela inhibitoria*”, que consiste en una acción preventiva autónoma destinada a impedir determinada práctica, la repetición de la misma o el ilícito que de ella se desprende y su continuación o renovación.

La tutela inhibitoria puede ser clasificada en sustancial y procesal:

*Tutela sustancial*: Tiene por objeto, de un modo directo

*...la prevención del daño mediante una orden para impedir que se cause (en caso de amenaza de lesión) o bien, para que cese su producción (si la actividad ya se ha iniciado y es previsible su reiteración o continuación). Normalmente, esa orden o mandato emana del juez, pero en algunas hipótesis la ley autoriza a la autoridad administrativa a brindar dicha protección.*<sup>13</sup>

Entre las normas que dan sustento a esta medida podemos mencionar las siguientes:

1. El Artículo 43 de la Const. Nacional, que reconoce la acción expedita del amparo, siempre que no exista otra vía judicial más idónea, contra actos de las autoridades o de particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o *amenacen* derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados y las leyes. La acción de amparo tiene un sentido profundamente preventivo, y es la piedra angular que da sustento constitucional a toda la *tutela inhibitoria sustancial* que reconoce el derecho argentino.

2. El Artículo 1071 del Cód. Civil, que veda el ejercicio abusivo del derecho. Dentro de ese marco, la doctrina y la jurisprudencia dominantes entienden que el juez puede preventivamente impedir ciertas conductas abusivas con potencialidad dañosa, o hacerlas cesar una vez iniciadas.

3. El Artículo 1071 *bis*, que tutela jurídicamente la intimidad. Esta norma impone a quien arbitrariamente se intrometiere en la vida privada ajena, a cesar en tales actividades, pudiendo ser obligado judicialmente a ello.

<sup>13</sup> ZABALA DE GONZÁLEZ, M., ob. cit. y agrega: “dichas ideas son congruentes con una noción amplia de daño, comprendiendo entre los resultados lesivos que generan responsabilidad no solo al daño causado sino también a la amenaza de un daño injusto”.

4. El Artículo 2499 del Cód. Civil, que regula la turbación de la posesión en razón de una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor. La ley permite a quien tema sufrir un daño en tales circunstancias a denunciar el hecho ante el juez para recabar las medidas oportunas de carácter cautelar, entre las que se incluyen expresamente que la obra se suspenda provisionalmente durante la tramitación del juicio y que a su terminación se mande a deshacer lo hecho (Artículo 2500).

5. El Artículo 2788, *in fine*. Que legitima a quien ejercita la acción reivindicatoria a impedir, durante la tramitación del juicio, que el poseedor haga deterioros en la cosa reivindicada.

6. El Artículo 2618, el cual, tratándose de molestias ocasionadas por humo, calor, olores, luminosidad, ruido, vibraciones o daños similares, a causa del ejercicio, en inmuebles vecinos, de actividades que excedan la normal tolerancia, y teniendo en cuenta las condiciones del lugar, autoriza a los jueces a disponer la cesación de tales molestias, sin perjuicio de la responsabilidad por daños que pueda corresponder.

7. Los Artículos 3157 y 3158, que en materia hipotecaria reconocen al acreedor (con indudable sentido preventivo) el derecho de asegurar su crédito, obteniendo las medidas cautelares contra todo acto del deudor que “*directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecad*”.

8. El Artículo 79 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que autoriza la suspensión preventiva de espectáculos y toda medida que sirva eficazmente para proteger los derechos en ella reconocidos.

9. Los Artículos 42 (que admite medidas preventivas en sede administrativa), y 52 (que concede acciones judiciales cuando los intereses de los consumidores o usuarios resulten amenazados o afectados) de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

10. La Ley 13.512 de Propiedad Horizontal que prohíbe a los propietarios u ocupantes de unidades asignar un destino indebido a las unidades o incurrir en actividades que turben la tranquilidad de los vecinos y la seguridad del edificio. En caso de incurrir en tales conductas, los jueces, a pedido de parte, están facultados para hacerlas cesar (Artículos 6º, 25 y concordantes).

11. El Artículo 21 de la Ley 18.248 sobre el Nombre de las Personas que reconoce el derecho de pedir el cese del uso indebido que otro haga del nombre del actor.

12. En materia de competencia desleal, la Ley 22.262 y el Decreto Reglamentario -2284-, autorizan la adopción de medidas de no innovar y, en su caso, el cese o la abstención de la conducta.

13. El Artículo 1º de la Ley Antidiscriminatoria 23.592 dispone que quien realice los actos allí consignados será obligado a dejarlos sin efecto o a cesar en su acción.

14. La Ley 24.240 (Artículos 52 y ss.), que otorga acciones a consumidores y usuarios cuando sus intereses se encuentran amenazados.

15. La Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), en su Artículo 4º, expresamente reconoce el principio de prevención cuando dice que *“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 pueden producir”*.

*Tutela procesal:* Las bases normativas de la prevención del daño se completan con los dispositivos e instituciones de carácter procesal, sin los cuales su eficacia devendría ilusoria.

Dentro de la *tutela inhibitoria procesal*, mencionamos por su importancia:

1. Las medidas cautelares, particularmente de no innovar y de carácter innovativo, que son fundamentales para asegurar el resultado de la pretensión deducida judicialmente y para tornar eficaces los efectos de una sentencia.

2. Las medidas autosatisfactivas, que son procesos urgentes, no cautelares, ni accesorias de otra pretensión principal y que se agotan en sí mismos. En tal sentido, Peyrano sostiene que estas medidas son:

*...soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita parte y atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo de las diligencias cautelares clásicas.*<sup>14</sup>

El rasgo más distintivo de la medida autosatisfactiva es que no necesita de un proceso principal en el cual enarcarse, por eso se dice que son autónomas.

---

<sup>14</sup> PEYRANO, Jorge (1997) “Reformulación de la teoría de las medidas Cautelares: tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas”. En: J.A. 1997-II-926, pág. 930.

La tutela inhibitoria es una herramienta de gran utilidad y de una enorme aplicación práctica. Recaen directamente sobre aspectos materiales y sustanciales y son, sin duda alguna, eficaces en la materia que nos ocupa.

Son presupuestos para su procedencia: 1) urgencia impostergable en su promoción ante la amenaza de lesión actual o inminente; 2) previsibilidad objetiva de producción del daño, conforme al curso normal y ordinario de las cosas; 3) una situación que torne justificable un pronunciamiento judicial de hacer o de no hacer determinada conducta para evitar daños irreversibles; 4) ofrecimiento de contracautela.

#### **La prevención del daño en los recientes proyectos de reforma**

La mayor parte de los recientes proyectos de reforma al derecho privado recoge con amplitud el principio de la prevención del daño (Proyecto de Código Único de 1987, Artículo 1071; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, Artículo 1549, párr. 2º; Proyecto de 1998, Artículos 1585 y 1586).<sup>15</sup>

##### *Principio de Precaución:*

Hacia fines de la década del 80, teniendo en cuenta la gravedad de los daños generados por las nuevas tecnologías en el ámbito internacional se comienza a invocar este principio de precaución,<sup>16</sup> ante la sospecha fundada de que determinados daños puedan ocurrir como consecuencia por ejemplo, del uso de un producto. Este principio persigue una mayor seguridad ante los riesgos potenciales de ciertas actividades.

El principio de precaución es un término bastante difícil de definir, Kemelmajer de Carlucci considera que este principio *se aplica en todo aquello que suponga resguardar derechos humanos* y lleva a privilegiar la sola

<sup>15</sup> El Artículo 1585 establece que “... toda persona tiene el deber de evitar causar un daño, de adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud y de no agravar el daño si ya se ha producido”. De este modo, se incorporan expresamente soluciones que no tienen recepción expresa en el Código de Vélez y el Artículo 1586 establece que “... el tribunal tiene atribuciones para disponer las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro”. Con lo cual, también se encuentra expresamente regulado la Tutela Inhibitoria.

<sup>16</sup> Son condiciones de su aplicación: la situación de incertidumbre con respecto al riesgo (riesgo potencial), la evaluación científica (esto impide actitudes irracionales ante lo innovador, se da la existencia de informes científicos o técnicos muchas veces contradictorios) y la posibilidad de consolidar un daño grave e irreversible (protección de la salud y la vida, el medio ambiente).

posibilidad de que suceda un daño irreversible (aunque sea en un largo plazo) aun antes de tenerse plenamente acreditado el riesgo ya que de lo contrario los auxilios llegarían una vez que el daño ya se hubiera consumado.<sup>17</sup> En tal sentido, hay que evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o a reducir los daños.

Esto implica que el Estado deba tomar decisiones sobre determinadas actividades o productos de los que se sospecha de su peligrosidad para la sociedad sin que se tenga todavía una prueba científica definitiva o contundente del riesgo. Esto, lógicamente, siempre que existan temores fundados, de acuerdo a un criterio de prudencia, para evitar medidas extremas e irracionales o una pasividad absoluta. Ante la posibilidad de ciertos daños graves e irreparables la falta de una prueba absoluta sobre la causación del daño no puede ser utilizada como excusa.

Aplicando el principio de precaución lo que se genera es una inversión de la carga de la prueba, pero sin pretender una demostración absoluta de la falta de riesgos —o riesgo cero— ya que sería contradictorio exigir una prueba absoluta considerando que nos encontramos en un terreno de incertidumbres científicas.

En nuestro país, el principio de precaución ha sido recepcionado expresamente por la Ley 25.675/02, conocida como Ley General del Ambiente, que en su Artículo 4º establece que: “*cuando haya peligro de daño grave e 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*”.

El principio de precaución en materia ambiental plantea que la incertidumbre científica no debe ser una excusa para eludir la adopción de medidas que tiendan a evitar la posibilidad cierta de la ocurrencia de un daño ambiental grave -aunque su costo sea elevado- ni para convalidar la acción u omisión humanas potencialmente dañosas.

En tal sentido, en el último Congreso Nacional de Derecho Procesal (Comisión Derecho Procesal Constitucional), se resolvió que: “*El fundamento del principio precautorio radica en la tutela judicial anticipada que se orienta a evitar el posible daño ambiental, activándose la protección ante la*

<sup>17</sup> KEMELMAGER DE CARLUCCI, Aida (2001) “Determinación de la filiación del Clonado”. En: J.A. 2001, fasc 12.

*generación de un riesgo con efectos desconocidos y consecuentemente, imprevisibles*".<sup>18</sup>

A diferencia de la prevención, la precaución se basa en la incertidumbre científica en torno a los posibles efectos dañosos de la actividad concernida, en tanto que en la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad involucradas es bien conocida. Como nota distintiva, el principio de precaución supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente demostrar la inocuidad de sus propuesta.

La incertidumbre científica, el riesgo de daño y la magnitud relevante del daño son, a criterio de la doctrina especializada, los elementos tipificantes del principio de precaución.<sup>19</sup>

El principio de precaución ha tenido reconocimiento internacional en diferentes documentos aprobados por la ONU: Carta Mundial de la Naturaleza; Declaración de Rio, y fue consagrado en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, del Convenio Marco sobre cambio climático (1991).

Además cabe señalar que con la reforma constitucional, al otorgar a los Tratados rango constitucional y consagrar en el Artículo 41 un derecho al medio ambiente sano y a la calidad de vida y en su Artículo 42 los derechos de los consumidores, se puede concluir que tiene plena vigencia e importancia el principio de precaución.

Asimismo, algunos fallos recientes han receptado implícita o expresamente el principio de precaución.<sup>20</sup> Dice Cafferatta que:

<sup>18</sup> XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Comisión Derecho Procesal Constitucional - Presidente: Dr. Mario Masciotra.

<sup>19</sup> GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATA, Néstor. "El principio de precaución". En: J.A. 2002-IV-3 y ss.

<sup>20</sup> No nos referiremos entonces a algunos precedentes más antiguos como lo son «Telefónica Comunicaciones Personales SA s/ acción de amparo c/Municipalidad de San Rafael» resuelto por el Juzgado Federal de San Rafael Mendoza o «Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores, publicado en EIDial.com, Año VI - N° 1330 y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora» resuelto por la C. Fed. La Plata, Sala II, el 8 de julio de 2003, publicado en EIDial.com, Año VI - N° 1.330 en www.eldial.com. Remitimos en tal sentido a COSSARI, Nelson «Responsabilidad civil en la ley general del ambiente», en Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental, COSSARI, Nelson y

*...en los últimos tiempos se advierte una tendencia jurisprudencial, en casos que alojan situaciones de riesgo dudosas, de nuestros tribunales, movidos por motivos de prudencia, a recurrir a este principio, aunque en ocasiones para fortalecer la aplicación del principio de prevención. Ello ha llevado a una más enérgica actuación de la justicia en etapas previas a la consumación del daño.<sup>21</sup>*

### **Conclusión**

La “Prevención” constituye el complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias y punitivas. Representa, sin lugar a dudas, una nueva función del denominado «Derecho de Daños», haciendo valer los nuevos principios que se vienen gestando acorde a las necesidades actuales y que dan vida a un derecho de daños con un rostro más humano que se preocupa no solo por el resarcimiento sino fundamentalmente por que los daños no ocurran.

Estamos convencidos que evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual Derecho de Daños y que existen sobradas razones que tornan procedente tal consagración, existe un justificativo ético que conduce a dicho fin, *fundado en la necesidad de preservar la vida e integridad física*, tanto para las generaciones actuales como para las futuras. También razones económicas conducen a buscar el mismo resultado en atención a la merma micro y macroeconómica que representa el costo de las reparaciones dinerarias.

LUNA, Daniel (coordinadores) Ed. El Derecho, Buenos Aires 2007, pág. 97 y ss.; Consorcio Av. Coronel Díaz 1477/79 c/ Vilaríño Manuel Dionisio s/ cumplimiento de reglamento de copropiedad es un caso fallado por la Cámara Nacional Civil, sala M en el cual un consorcio había accionado contra uno de los ocupantes de una de las unidades del edificio en la cual se habían instalado cuatro consultorios médicos en los cuales funcionaba un equipo de rayos y además se habían realizado instalaciones eléctricas en el subsuelo del edificio. Estas instalaciones, al igual que los consultorios médicos, se encontraban realizadas en violación al Reglamento de Copropiedad y Administración por lo que los accionantes solicitaron el cese de las actividades y el retiro de los artefactos del edificio. La Cámara utiliza claramente principio de precaución, ya que pese a existir incertidumbre en cuanto al riesgo y las diferentes opiniones de los peritos intervinientes, se resuelve por tomar medidas inmediatas, haciendo cesar las actividades para evitar daños futuros que amenazan la salud de los ocupantes del edificio. Utilizando la lógica de la precaución no se mira el riesgo sino que se amplía a la incertidumbre como aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta.

<sup>21</sup> CAFFERATTA, Néstor. «Principios de Derecho Ambiental». En: JA, 2006-II-1142.

En este sentido, si aspiramos a un derecho de daños realmente moderno, sería deseable que esta “*prevención*” no quedara restringida al derecho ambiental, o para defender los derechos de los consumidores y usuarios, sino que se extendiera a las distintas áreas del derecho. A tal fin consideramos que muchas veces corresponde al juez no solamente dilucidar el conflicto planteado, sino que además, puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños sin que ello implique menoscabar el debido proceso.

De *lege ferenda* creemos conveniente y necesaria la incorporación expresa de este principio en el Código Civil, *a través de una normativa de carácter general*, sin perjuicio de sus posibles *aplicaciones específicas* en distintos ámbitos como ser en materia de daños causados en el marco de las relaciones de consumo, la tutela de la dignidad de la persona, daños causados por la actividad de los medios de comunicación social, daños causados a través de la informática, daño ambiental, etcétera. Regulándose expresamente institutos como son: las multas civiles (Daños Punitivos) que en principio deben ser aplicadas con carácter excepcional, en casos de suma gravedad -dolo o culpa grave- y teniendo en cuenta las apreciaciones vertidas al respecto en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; el instituto de la Tutela Inhibitoria como una acción preventiva autónoma destinada a impedir o hacer cesar determinadas prácticas peligrosas. En tal sentido creemos que es pertinente la redacción de los Artículos 1585, 1586 y 1587 del Proyecto de 1998.

Asimismo, entendemos que es necesario e imprescindible ejercer un riguroso control sobre las *actividades riesgosas*, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o detener los efectos de la acción daños ya iniciada. Justamente la actitud “precautoria” presupone incrementar los deberes de diligencia para asegurar la prevención de riesgos que puedan ocasionar efectos calamitosos. Por ello, lo importante es que quien introduce un riesgo realice esfuerzos para determinar su grado de probabilidad y magnitud, y las autoridades públicas se encuentren facultadas a exigirles fundamentos científicos en base a los cuales consideran que sus actividades o productos son inofensivos o no son desproporcionadamente riesgosos para el medio ambiente y la sociedad.

*La verdadera razón de ser del derecho es la protección del ser humano*, no podemos olvidar bajo ningún pretexto lo imperativo del principio general del *alterum non laedere* con base constitucional en el Artículo 19 de nuestra Carta Magna.