La función preventiva y la defensa de la biodiversidad

Por Carlos A. Parellada

I. Introducción. II. Los encuentros de la doctrina y la función preventiva. III. La constitucionalización del derecho privado y la clasificación de los bienes y los derechos. IV. El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. V. Las eliminaciones del Poder Ejecutivo nacional en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. VI. Las funciones de la responsabilidad civil en relación a los derechos y bienes reconocidos en el Código Civil y Comercial de la Nación. VII. El fundamento de la función preventiva y la evolución de su gradual aceptación. VIII. La regulación normativa de la función preventiva. IX. La acción preventiva en el campo de la tutela preventiva de la biodiversidad.

1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha cambiado los ejes de la responsabilidad civil. Una mirada retrospectiva nos permite advertir que el siglo XIX estructuró la responsabilidad civil sobre el daño causado o sufrido por los intereses individuales.

Esa concepción se puso en crisis a medida se advirtió su insuficiencia para solucionar los problemas de la sociedad industrial y de la post-industrial. O sea, lo que se consideró la prevención genérica o general, según la cual la amenaza de una sanción (como soportar la indemnización del daño causado) no muestra eficacia frente a los daños masivos que se siguen del sistema de producción adoptado en estas sociedades. ([[1]](#footnote-1)) En virtud de ello, comenzó a pensarse en que debía existir una prevención específica, que no dependa de la decisión del agente, sino de la autoridad –judicial o administrativa- que sea quien decida la utilización de mecanismos jurídicos preventivos.

El Código Civil de Vélez respondía al pensamiento de la responsabilidad civil de una sociedad agraria, en la que la prevención específica no tenía cabida ([[2]](#footnote-2)). El Código del siglo XXI necesitaba ser remozado para responder a los nuevos paradigmas de pensamiento del siglo XXI.

Uno de esos paradigmas es el ambiental, que exige adaptaciones no sólo en el ámbito de la responsabilidad civil sino también en el de los bienes, la legitimación y la forma en que se hacen efectivos ciertos derechos individuales, de afectación masiva.

1. Los encuentros de la doctrina y la función preventiva.

La preocupación generalizada del Derecho por las variaciones necesarias para atender las necesidades de la época en relación al nuevo ángulo de mira sobre la prevención y los derechos de incidencia colectiva tuvo su expresión inicialmente en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en La Plata, en 1981, cuando se recomendó “*Debe reconocerse la procedencia de una acción preventiva de toda manifestación que por producir daños, por ej. al medio ambiente, o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos*”.

A su turno, las II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Villa Mercedes-San Luis, 1981), entendieron que “*La actividad judicial no se agota necesariamente, en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que –stricto iuris, conculcarían el principio dispositivo y el de congruencia. La misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables, se cuenta entre las atribuciones judiciales implícitas*…”

También en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, Prov. de Bs.As., 1983, en las que la Comisión No. 2 se ocupó del Derecho a la preservación del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico, a través de una recomendación que consideró integralmente los problemas particulares que presenta el daño ambiental y cuya trascendencia sobre las normas del Código Civil y Comercial de la Nación puede advertirse con facilidad. ([[3]](#footnote-3))

Las Jornadas sobre responsabilidad civil (Rosario, 1986) sostuvieron que “*la protección ante las actividades peligrosas o riesgosas debe ser fundamentalmente preventiva*”.

Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad Nacional del Comahue (San Carlos de Bariloche, 1989) que a través de su Comisión Interdisciplinaria Nº 8 trató el “Impacto tecnológico y masificación social en el Derecho”, que recomendó: “10. *En cuanto a los intereses difusos, se enfatiza la necesidad de su protección, a través de una legitimación activa amplia que también incluya a las entidades intermedias representativas de sectores interesados de la comunidad, de un procedimiento abreviado, y del otorgamiento de autoridad de cosa juzgada oponible erga omnes a las sentencias que hagan lugar a las pretensiones y conciernan a intereses transindividuales.*”. Ese mismo año, el Primer Congreso Internacional en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspec, coincidió en la recomendación acerca de la necesidad de prevenir los daños ([[4]](#footnote-4)).

Más tarde, las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, Prov. de Buenos Aires, 1995), al trata la responsabilidad civil por la actividad industrial, en la Comisión No. 2, concluyeron en que “*Es procedente la tutela inhibitoria cuando hay amenaza de daño a bienes individuales o colectivos, siendo aplicables el amparo, la denuncia de daño temido y las diferentes medidas cautelares disponibles”; y en particular, con respecto al medio ambiente, recodaron que “…La prevención es tomada en cuenta en el principio 15: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de una certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de las costas para impedir la degradación del medio ambiente*".

Más recientemente, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) recomendaron de lege lata “plasmar estos principios en una futura legislación iusprivatista, en términos generales”, en referencia a los de prevención y precaución.

1. La constitucionalización del derecho privado y la clasificación de los bienes y los derechos.

La primera cuestión que nos planteaba el art. 43 de la Constitución Nacional es que reconoció una categoría de derechos que no tenían ni siquiera mención en el derecho común: los derechos de incidencia colectiva.

En efecto, el art. 43 CN establece en su párrafo segundo, que: “*Podrá interponer una acción … en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*.”

El Código Civil de Vélez desconocía esa categoría de derechos: los de incidencia colectiva, pues conforme las convicciones propias del siglo XIX, los derechos eran de orden individual, debían pertenecer a un persona privada o pública, según las categorías del art. 30 y 33 de dicho cuerpo legal. Consecuentemente, los bienes podían ser públicos (arts. 2339 y 2340), en cuyo caso eran susceptibles de uso y goce por los particulares (2341); privados, del Estado nacional o de los estados provinciales (art. 2342) o de los municipios (art. 2344), o de la Iglesia Católica (art. 2345); y podían ser de los particulares, aquéllos que no eran ni del Estado nacional, ni de los estados particulares ni de la Iglesia Católica (art. 2347). Existían, además, las ‘res nullius’ o ‘choses sans maitre’ o ‘cosas sin dueño’ que eran ciertos bienes que no pertenecían en propiedad a nadie, pero que eran susceptibles de apropiación privada (art. 2343) ([[5]](#footnote-5)), como los peces del mar, los enjambres de abejas, etc..

Esa concepción perdió vigencia en la medida que se fue tomando conciencia de que se dejaba a un lado una serie de bienes de imprescindible necesidad para la vida del hombre que quedaban sin protección una protección adecuada, precisamente porque estar destinados a todos no estaban bajo la custodia de nadie en particular. Enseñaba Llambías “*el aire, el sol, el viento, el agua del mar, son cosas, pero no bienes pues carecen de valor económico. Es cierto que esos elementos son vitales para el hombre, pero sea porque existen en una cantidad ilimitada (v.gr., el aire, sea por que no son susceptible de apropiación individual (v.gr., el sol) no tienen utilidad económica y por tanto no son bienes”*” ([[6]](#footnote-6)). Más tarde, la teoría de las externalidades nos demostró que el criterio era equivocado, pues el Derecho fue tomando conciencia de que aún cuando algo no sea apropiable o sea ilimitado puede tener valor; y que no es el económico el único valor que tienen los bienes, como ahora se reconoce en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Fue ese error conceptual el que llevó a la llamada ‘tragedia de los bienes comunes’, o sea, la carencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso. ([[7]](#footnote-7))

Sólo eran encomendables al Estado, pero se advertía que éste era un depredador más de ese tipo de bienes; y la realidad mostraba que esa custodia había sido notoriamente ineficaz, pues esos bienes comunes mostraban un deterioro significativo. Así, el aire, la diversidad biológica, el ambiente, el paisaje, las expresiones culturales, etc. No existía sobre ellos un interés reconocido en exclusividad a nadie sino en concurrencia a todos. Pero, además, se trata a veces de bienes que trascienden la fronteras, en el sentido que no están en el ámbito único de un Estado, sino de varios o de todos ([[8]](#footnote-8)), por lo que dejarlo a la custodia del Estado no es posible por la multiplicidad de Estados con vocación de normarlos.

No es que no existiera en la antigüedad una protección ([[9]](#footnote-9)) sino que ella ha sido ineficaz ([[10]](#footnote-10)) frente al desarrollo productivo del capitalismo por no ser sistemática, sino inconexa a través de leyes específicas que se referían a elementos determinados, pero no atendían al carácter sistémico del ambiente ([[11]](#footnote-11)). Además, sólo encontraban tuición pública, pero no del derecho privado, sino en aspectos marginales relativos a las relaciones de vecindad ([[12]](#footnote-12)), con una marcada limitación en cuanto a la legitimación activa.

1. El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

La Comisión del decreto No. 191/2011 estructuró una clasificación de los derechos y de los bienes que se relacionaba con las funciones de la responsabilidad.

a) *La clasificación de los derechos*: En el art. 14 del Título Preliminar clasificó los derechos estableciendo tres categorías o clases: los derechos individuales (inc. a) y los derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos (inc. b) y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes comunes (inc. c): para los contemplados en el inc. b, establecía la posibilidad de ejercicio a través de una acción colectiva en los supuestos que exista una causa común que provoque daños distintos o diferenciados. Luego, se incluía una sección 5ª “*Daños a los derechos de incidencia colectiva*” en el capítulo 1 “*Responsabilidad civil*” del Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*” del Libro III “*Derechos personales*” que perseguía coordinar, en forma eficiente y a través de una vía procesal más rápida y económica, los procesos colectivos que permitiesen, una vez establecida la causa común y la responsabilidad por el daño ambiental, o sea, acogida la acción por el daño ambiental puro, encarar las repercusiones individuales valiéndose de la cosa juzgada alcanzada respecto de aquél. ([[13]](#footnote-13))

El CCCN reconoce que los derechos de incidencia colectiva, son indivisibles y de uso común. Por ello, el Anteproyecto establecía una legitimación amplia para el ejercicio de los derechos a ellos referidos, reconociéndosela al afectado, al Defensor del Pueblo y a los demás sujetos a los que la ley se las otorgara.

Menciona además los derechos de incidencia colectiva: los relativos al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor y los demás reconocibles en tal carácter.

Finalmente, en el último párrafo de este art. 14 CCCN, sienta un regla según la cual “*el derecho no ampara el ejercicio de los derechos individuales que pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*”.

La Sección 3ª regula la relación entre los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, señalando que los primeros están limitados por los segundos, en los siguientes términos:

*ARTÍCULO 240.-* ***Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes****. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable*.

Finalmente, el art. 241 señala que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerza un derecho debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulten aplicable.

La íntima conexión de los arts. 14 y 240 era manifiesta, por la reiterada cita del primero en el segundo. A través de ellas, y vinculadas al principio de la buena fe y el abuso del derecho, se impone un orden público de coordinación entre la actividad individual y la protección necesaria de los derechos de incidencia colectiva ([[14]](#footnote-14)) En el art. 240 se reconocía, además, el derecho a la información necesaria y a participar en las discusiones sobre decisiones relevantes a los sujetos legitimados mencionados en el art. 14, como para garantizar la eficacia de la participación ciudadana y evitar que se convierta en una ficción participativa.

b) *La clasificación de los bienes*. En primer lugar, debe señalarse que el Título Preliminar reconoce que los derechos individuales pueden ejercerse sobre los bienes que integran el patrimonio (art. 15), y también sobre bienes extrapatrinoniales como sobre propio cuerpo humano o sus partes, que no lo integran (art. 17), en virtud de carecer de valor económico o comercial ([[15]](#footnote-15)). De modo tal que aparece una nueva categoría de bienes, que son los del art. 17: la de los bienes que tienen un valor afectivo, científico, humanitario o social. Sobre ellos existe una titularidad individual, no son patrimoniales, sino extra patrimoniales, y su poder de disposición pertenece únicamente a su titular y no es ilimitado, sino que requiere que se entrañe esos valores y se ajuste a lo dispuesto por las leyes especiales.

No obstante la importancia de esa nueva categoría de bienes, en virtud del tema que nos han encomendado, nos interesa otra clasificación. En efecto, en relación al tema que nos ocupa, la Sección 2ª del Capítulo I “Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva” del Título III “Bienes” del Libro Primero, estableció cuáles son los bienes pertenecientes al dominio público (art. 235), cuáles los sujetos al dominio privado del Estado (art. 236), reconoce la competencia constitucional establecida para la determinación de unos y otros y los caracteres de ellos (art. 237) y, en forma residual, los de los particulares (art. 238).

No hay una alteración fundamental de la base clasificatoria de Vélez Sarsfield, pues siguen dividiéndose los bienes en estatales, sujetos al dominio público o privado y de los particulares. Pero, aparecen los bienes de incidencia colectiva separados (no necesariamente coincidentes) de los bienes de los dominio público, por imperativo del art. 43 de la Constitución Nacional.

c*) Las funciones de la responsabilidad civil*. En el Anteproyecto había una coherencia entre las clasificación de los derechos, de los bienes y de la funciones de la responsabilidad civil.

El numeral 1708 establecía tres funciones: la preventiva, la resarcitoria y la disuasiva. La función preventiva tiende a evitar que los daños se produzcan, cesen o se agraven una vez producidos, y se aplicaba a los todos los derechos. La resarcitoria tiende a que los daños que se hayan producido sean indemnizados a la víctima, y eran predominantemente aplicable a los derechos individuales (hayan o no sido afectados por reflejo de un daño infringido a un bien colectivo). La disuasiva tiende a amenazar con sanciones a quien obre con desprecio de los intereses ajenos en orden a los derechos de incidencia colectiva; en este ámbito, se refuerza la función preventiva. ([[16]](#footnote-16))

En la economía del Anteproyecto a los bienes sujetos a derechos individuales patrimoniales se los tutelaba predominantemente a través de la función resarcitoria (no eran susceptibles de protección a través de la función disuasiva (art. 1714)), sin que estuviera vedado recurrir a la función preventiva; a los bienes no patrimoniales se les aplica la función preventiva y resarcitoria, pero no la función disuasiva que estaba reservada a los actuación con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva; y a los bienes colectivos se les otorgaba el máximo de protección a través de las tres funciones de las responsabilidad ([[17]](#footnote-17)).

1. Las eliminaciones del Poder Ejecutivo nacional en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

El Poder Ejecutivo, antes de remitir al Congreso el Anteproyecto, elimina una serie de normas y –en cierto sentido- desestructura el sistema coherente que traía el Anteproyecto.

En el Proyecto se suprime:

1. La categoría o clase de los derechos individuales satisfechos a través de los bienes comunes (inc. b del art. 14 del Anteproyecto) y el ejercicio de las acciones preventivas, de recomposición y resarcimiento de los daños infringidos a los derechos de incidencia colectiva (Sección 5ª “Daños a los derechos de incidencia colectiva” del Capítulo 1 “Responsabilidad Civil” del Título V Otras fuentes de las obligaciones).
2. Los caracteres de los derechos de incidencia colectiva que se incluían en el inc. c del art. 14, al establecer que “*son indivisibles y de uso común*”. ([[18]](#footnote-18)) También se ha suprimido la enunciación de los derechos de incidencia colectiva entre los que se incluía “los que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” que son claramente de incidencia colectiva. Se enunciaban además, “los derechos de incidencia colectiva en general’ con la finalidad de no negar la posibilidad de reconocimiento de otros.
3. La amplia legitimación para la tutela de los bienes de incidencia colectiva (segundo párrafo del inc. c) del art. 14 del Anteproyecto) ([[19]](#footnote-19))
4. La supresión de la función disuasiva como tercer función de la responsabilidad civil (art. 1714 del Anteproyecto)
5. El derecho a la información necesaria y la participación en la discusión sobre las decisiones relevantes sobre la afectación y sustentabilidad de los bienes ambientales.

La supresión de la función disuasiva ha disminuido el nivel de protección de los derechos de incidencia colectiva en relación al nivel que se pretendía establecer en el Anteproyecto. Es cierto que la supresión no fue total, pues los mal llamados “daños punitivos” no se eliminaron de la Ley 24.240, pero no es menos cierto que su defectuosa redacción, que se intentó corregir a través del Anteproyecto, lo desnaturalizan por el error en su presupuesto fáctico de procedencia. ([[20]](#footnote-20))

Sobre estos aspectos se había pronunciado destacada doctrina reunida en Comisión 1 de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, Prov. de Buenos Aires, 2012) ([[21]](#footnote-21)) para analizar el Anteproyecto redactado por la Comisión del decreto 191/2011, que concluyeron:

“1.- La Comisión considera apropiada la recepción por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Proyecto 2012) de la función tripartita de la responsabilidad civil y el reconocimiento de idéntica jerarquía a cada una de ellas, ya que se tutela el patrimonio, la persona y los derechos de incidencia colectiva.

“2.- Igualmente estima apropiado que se consagre, en los términos proyectados, el deber general de prevención y particularmente la recepción de una acción de prevención o preventiva genérica.

“3.- Constituye una acción de prevención específica sustancial que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesoria. Será operativa a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas. Entre ellas: acción de amparo, medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria. Ello sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto.

“4.- Para la admisión de la acción preventiva resulta necesario que se ponderen los criterios de menor restricción y de medio más idóneo a efectos de asegurar su eficacia en la obtención de la finalidad.

“5.- La Comisión adhiere a la introducción de sanciones pecuniarias disuasivas en el sistema del derecho privado, como lo propone el Proyecto 2012.

“6.- Para la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva se requiere un requisito subjetivo agravado y grave inconducta del dañador.

“7.- La Comisión entiende plausible que el Proyecto 2012, receptando las críticas formuladas por la doctrina, contemple la modificación del art. 52 bis (ley 24.240, según texto ley 26.361) exigiendo la presencia de "grave menosprecio".

1. Las funciones de la responsabilidad civil en relación a los derechos y bienes reconocidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Las supresiones mencionadas en el párrafo anterior afectaron la armonía del Anteproyecto, y disminuyeron uno de los incentivos de la prevención, ya que la sanción disuasiva es un elemento más preventivo, precisamente pues busca disuadir al agente mediante la amenaza de una sanción más severa, la multa no relacionada necesariamente al daño efectivo causado o que busca privar al dañador del enriquecimiento obtenido, en los casos en que la conducta evidencia un desprecio por los intereses ajenos.

El sistema ha quedado integrado, a nivel normativo dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, por dos tipos o clases de derechos:

1. Los individuales que se ejercen sobre los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales.
2. Los de incidencia colectiva, que se disfrutan en forma indivisible sobre los bienes comunes.

Se ha perdido la oportunidad de tener regulada normativamente el ejercicio de los derechos individuales homogéneos que resulten afectados por una causa única o por ser indirectos de la lesión de un bien de incidencia colectiva que, por su carácter de ser fuente de múltiples daños individuales pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, obteniéndose una sentencia única con efectos expansivos de la cosa juzgada, sin perjuicio de que por un incidente posterior se establezcan concretamente cuáles son los daños de cada uno de los beneficiarios del resultado de la acción colectiva, tal como lo preveía el numeral 1746 del Anteproyecto.

No obstante lo señalado, existe un notable progreso al haber establecido -normativamente y en el código de fondo, o sea, con carácter sustancial- un deber de prevención general a través del art. 1710.

1. El fundamento de la función preventiva y la evolución de su gradual aceptación.

La elaboración de la teoría de la responsabilidad civil a partir de la víctima, o como crédito de responsabilidad que sustituyó a la de la responsabilidad civil centrada en el responsable, llevó a descubrir que el hombre tenía un derecho a su incolumidad, por lo que, todo daño evitable, debía ser evitado. Contribuyó a corroborar ese criterio el hecho de que se advirtió que el daño en sí mismo era definitivo, pues la indemnización “no borra el daño del mundo, sólo cambia de bolsillo” ([[22]](#footnote-22)) la incidencia económica de la pérdida o la lesión irreversible.

El enfoque patrimonialista que predominaba en el ámbito de la responsabilidad tradicional se justificaba en torno a los bienes patrimoniales, pues “*se transformaba el derecho a un bien en el derecho a una indemnización*” ([[23]](#footnote-23)). Era lógico pues los bienes patrimoniales podías ser sustituidos y la indemnización permite a quien ha sufrido la pérdida sustituir el bien.

Para los bienes no patrimoniales –la vida, la integridad corporal, etc.- esa concepción es notoriamente insuficiente, pues esos bienes no admiten sustitución, por lo tanto, antes que indemnizar es necesario evitar el daño. Esto es muy claro y ha sido comprendido por la doctrina civilista a partir de mirar el ámbito ambiental, en el que la indemnización muestra la misma ineficacia por imposibilidad –en algunos casos- de recuperar una especie perdida, o las enormes dificultades o el gran tiempo requerido para volver las cosas al estado anterior. El daño es definitivo o cuasi definitivo, según los bienes afectados.

El derecho a no ser dañado es un derecho constitucional del hombre o si se prefiere un derecho fundamental. A esa conclusión nos lleva, además de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, el simple análisis de que el ‘*alterum non laedere’* que origina el derecho a la reparación solo puede ser el ‘*posterius*’ del derecho a no ser dañado, que es el ‘*prius*’ lógico del ‘*alterum non laedere’*. Es obvio, desde el punto de vista lógico, que si el derecho a la reparación tiene raíz constitucional –como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia ([[24]](#footnote-24))- es porque su *prius* lógico, también la tiene.

No es ajeno a la fundamentación de la prevención, el moderno criterio de que los derechos no pueden ser simplemente declarativos, sino que deben ser eficaces. Obviamente, de nada vale consagrar un derecho a un ambiente sano, si para hacerlo efectivo, hay que esperar a que el ciudadano sea privado de ese ambiente sano. A quien ha garantido el derecho le incumbe prevenir (evitar) los menoscabos que puedan seguirse de la falta de sanidad del ambiente y acordar la vías idóneas para que cada uno de los habitantes pueda reclamar esa evitación. ([[25]](#footnote-25)) Por ello, desde la doctrina se vincula la prevención de los daños con la responsabilidad internacional del Estado, cuando ha omitido obrar como garante de los derechos que ha reconocido y, luego, no ha efectivizado dicha garantía.

El art. 19 de la Constitución Nacional brinda también apoyatura al criterio preventor al utilizar la no causación de perjuicios a otros como un límite a la no interferencia estatal en las acciones privadas de los hombres, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia. ([[26]](#footnote-26))

La elaboración de esos criterios insufló numerosos pronunciamiento judiciales –resistidos los iniciales ([[27]](#footnote-27))- pero que luego encontraron sustento en interesantes desarrollos doctrinales que fueron admitiendo la necesidad de evitar daños y creando vías judiciales para la prevención. Obviamente, como tantas veces ocurre en Derecho, la resistencia inicial se venció al advertirse que las viejas leyes ya habían aceptado esos criterios de anticipación. ([[28]](#footnote-28))

El cambio de paradigma que centraba la responsabilidad sobre el daño causado y comenzaba a admitir la prevención se manifestó en el t.o. por el Decreto-Ley 17.711 del art. 2499 C.Civ. –hoy derogado-, que admitió las medidas cautelares en torno al daño temido; al art. 2618 C.Civ. –hoy derogado-, al admitir la posibilidad de hacer cesar las molestias por las inmisiones entre fundos vecinos.

Otras leyes, como la 21.173 incluyó en el Código Civil derogado la norma del art. 1071 bis; la 23.592, que también admitía que se hicieran cesar las actividades de intromisión en la vida ajena y los discriminatorios ([[29]](#footnote-29)), respectivamente.

Precisamente, el derecho a protección de la seguridad emana de ese derecho del hombre a no ser dañado, que la Constitución Nacional garantiza en el art. 42, a los consumidores y usuarios. Por ello, en adelante, al reglamentarse esos derechos, la Ley de Protección al Consumidor, 24.240 en su art. 52 establece que podrán iniciar acciones judiciales, “*cuando sus intereses resulten afectados o amenazados*”-

La adhesión de la República Argentina, a través de la Ley 24.375 ([[30]](#footnote-30)), al Convenio sobre Diversidad Biológica suscripto el 5 de junio de 1992, revela la asunción legislativa de la prevención de los daños ambientales. En efecto, los considerandos de la mencionada ley afirman:

 *“Observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica,*

El mencionado convenio menciona más de 70 veces la conservación, así en los arts. 1, 2, 5 a 13, 16 a 19, 21, 23 y 25. Obviamente, que para ‘conservar’ es imprescindible prevenir los daños que amenacen la subsistencia de la diversidad. Si el daño ya se ha concretado, sólo cabe recurrir a la recomposición en la medida que ella sea posible.

En el mismo sentido, la Convención habla de las amenazas a la reducción o pérdida de la diversidad biológica –en sus considerandos ([[31]](#footnote-31))- y en los textos de sus arts. 8, 9, 10 a 13, 16 a 19, 21, 23 y 25. Tal mención demuestra que en el ámbito de la protección de la diversidad, el ‘daño amenazado’ constituye algo disvalioso y que debe ser evitado.

La consolidación fue definitiva, cuando la Reforma de 1994 a la Constitución Nacional, directamente y sin ambages, acordó a toda persona la posibilidad de interponer una acción expedita y rápida contra todo acto que, en forma actual o inminente lesione, restrinja , altere o amenace derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna, un tratado o una ley, y especialmente, “*en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva*”. El hecho de que se previera la alternativa en cuanto a la forma actual o inminente de las lesiones, no dejó lugar a dudas acerca de la existencia de un derecho a no ser dañado, y la consecuente, necesidad de prevenir.

El Proyecto de Código Unificado de 1998, propugnó acoger un deber de prevención generalizado para los daños, en el numeral 1585 ([[32]](#footnote-32)), con la misma formula que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación. Por entonces, los fundamentos que acompañaron aquél proyecto, señalaban –citanto a Henoch Aguiar-: “*la teoría de la prevención del daño, protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido. Es que, de no ser así, ‘ello importaría tanto como crear un derecho a perjudicar’. La prevención tiene un sentido profundamente 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 puro punto de vista macroeconómico”* y que en ese Proyecto, “*la prevención tiene un lugar relevante desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a la medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendientes a instarla, y la tutela preventiva*” ([[33]](#footnote-33))

1. La regulación normativa de la función preventiva

La doctrina ha destacado como antecedentes legilativos de la acción preventiva destinada a vialibilizar judicialmente la función preventiva, las normas contenidas en los arts. 4 y 30 de la Ley General del Ambiente (L. 26.575) y 52 de la Ley de Proteccion al Consumidor. ([[34]](#footnote-34))

En verdad, el Código Civil y Comercial de la Nación recogió y sistematizó toda la evolución del pensamiento jurídico en orden a la prevención, siguiendo los lineamientos del Proyecto de 1992 del Poder Ejecutivo ([[35]](#footnote-35)) y literalmente al Proyecto de 1998. Las nuevas normas transforman –en cierta forma- la concepción de daño que presupuesta la responsabilidad civil, concebida en los términos en que se concibe en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, el nuevo código pone en movimiento la responsabilidad civil cuando existe daño amenazado, a los fines de hacer operativa la función preventiva del daño. Por ello, impone un deber de prevención a toda persona, en cuanto de ella dependa.

La función preventiva tiene en la actualidad una vía de hacerse efectiva a través de una acción que puede intentarse contra quien está obligado por los deberes impuestos por el art. 1710, que impone evitar el daño, morigerarlo y no agravarlo, si se ha producido.

Jorge W. Peyrano, ha aportado lo que denominó “una suerte de apostillas operativas” que permiten aventar la posibilidad de restricciones que no están incluidas en las normas y que podrían desnaturalizar la utilidad de esa acción tutelar. Así señala que no se requiere que se trate de daños graves o irreparables, deslindando de esa forma lo que hace al principio precautorio de la acción preventiva. Señala igualmente que no es necesario que no exista otra vía más idónea, separándolo de la acción de amparo. Y que es autónoma con respecto a la acción resarcitoria que pueda nacer del daño sufrido o si se concreta el daño temido. ([[36]](#footnote-36))

Las nuevas normas comienzan por imponer un deber genérico de prevención (art. 1710) a toda persona, en cuanto de ella dependa, para luego reglar la acción preventiva (art. 1711), la legitimación activa (art. 1712), el posible contenido de la sentencia definitiva o provisoria que la acoja (art. 1713).

1. El deber de evitación del daño.

El deber de evitar el daño se impone a toda persona en cuanto de ella dependa. No está impuesto con carácter absolutamente universal, sino en cuanto a quien tiene la posibilidad de evitar la produccion del daño o morigerar su magnitud.

El deber es el realizar las acciones necesarias para que el daño no se concrete o produzca. Comprende también el de hacer cesar el daño si él tiene continuidad y evitar que se agrave en su magnitud (que se vuelva mayor) o se extienda en el tiempo o en el espacio. ([[37]](#footnote-37))

La pregunta es ¿qué es lo que debe depender? ¿Debe depender la producción del daño? ¿Debe depender la evitación del daño?

Si lo que debiera depender es la producción del daño, la norma sería superflua, pues bastaría con el *alterum non laedere* que consagra el inc. a del art. 1710, 1716 y 1737.

Lo que determina que el agente esté obligado a evitar el daño, es que de él dependa la evitación del daño. ([[38]](#footnote-38)) O sea, que debe estar dentro de su esfera de control la posibilidad de evitación ([[39]](#footnote-39)). En tal sentido los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, sostienen que es necesario que “*la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad*”([[40]](#footnote-40)).

Obviamente, el primer obligado a evitar es quien causa el daño. Pero también la víctima que debe evitar que el daño causado crezca en su magnitud por su propia omisión, y aún los terceros, que tuvieran la posibilidad fáctica de aminorar las consecuencias dañosas provocadas por el causante (autor) o responsable del daño. Esos terceros actúan evitando o disminuyendo el daño del cual no son responsables, podrán requerir al responsable el reembolso de lo que hubieran gastado a los fines de la evitación, conforme a las reglas de enriquecimiento sin causa, según lo establece el inc. b del art. 1710. Respecto de estos terceros –no causantes del daño- la procedencia de la acción preventiva exhibe un cierto carácter excepcional ([[41]](#footnote-41)), ya que su obligación de actuar evitando el daño dependerá de que ello no importe un riesgo para si mismos. Es obvio que no se impone el acto heroico del tercero, sino que el juzgamiento de su conducta será a la luz del principio de la buena fe, las circunstancias del caso y la inexistencia de abuso en el derecho de abstenerse. Con precisión enseña Galdós que las referencias a la buena fe y a las circunstancias son determinantes, dado que el principio de prevención como tal es un mandato indeterminado, que debe concretarse en cada caso, según sus singularidades. ([[42]](#footnote-42))

En consecuencia, el legitimado pasivo de la acción preventiva debe ser la persona que tiene dentro de su esfera de control la posilidad de evitar el daño o reducir su magnitud. Podrá ser la víctima misma del daño sufrido, como ocurre si no se somete a los tratamientos destinados a evitar las complicaciones de la lesión sufrida. Podrá ser un tercero, como por ejemplo, si incurre en tal omisión la ART que debe tratarla o si se niega injustificadamente a hacerse cargo del siniestro; y la aseguradora, que habiéndose obligado a mantener indemne a su asegurado, no se hace cargo de la obligación de evitar el agravamiento del daño mediante el recurso de honrar su compromiso ([[43]](#footnote-43)). También podrá serlo quien omita el aviso del peligro que se cierne sobre un automóvil que se incendia estacionado en la vía pública, conociendo al propietario, y que se haya abstenido abusivamente de darle noticia, habiéndolo podido hacer.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la asimilación de la acción y la omisón antijurídicas que deriva del art. 1711 lleva a resultados similares a los que conducía, dentro del régimen del Código Civil reformado en 1968, al haberse aceptado el instituto del abuso del derecho, que era aplicable aún a la abstención abusiva. ([[44]](#footnote-44))

1. La amenaza del daño o el daño causado o sufrido.

El daño producido es un presupuesto ineludible de la responsabilidad resarcitoria, pero ya no es imprescindible en la responsabilidad civil en general, que en su función preventiva no requiere del daño causado o sufrido, sino simplemente de su amenaza, como lo señala el derecho ambiental para la protección de los bienes que presupuestan la calidad de vida del hombre, para lo que –ineludiblemente- requiere de un ambiente sano. Es cierto que también opera esa función preventiva frente al daño causado o sufrido a los fines de detener su producción o aminorar su magnitud. En este último caso, debe tenerse en cuenta que

1. Innecesariedad de concurrencia del factor de atribución.

Parece no haber dudas acerca de que a los fines de la prevención es innecesario que concurra un factor de atribución, tal como lo establece la última parte del art. 1711, al disponer, en clara referencia a la acción preventiva, que: “*No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”.

1. La antijuridicidad de la conducta amenazante

Entre las reflexiones que ya insinúan la polémica esta la cuestión de cuál es la interpretación de la referencia a la antijuridicidad que contiene la primera parte del art. 1711, cuando dispone: “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”.

Sin lugar a dudas, la norma requiere de una previsibilidad respecto a la causalidad que une a una acción u omisión con la producción, la continuación o la agravación de un daño, en el sentido de que resulta esperable según el curso natural y ordinario de las cosas de que la conducta dañosa provocará o facilitará la producción, la continuación o el agravamiento del daño. Se coincide en que no se trata de un simple temor, sino de una amenaza que tenga aptitud desde el punto de vista fáctico para la provocación, la continuidad o el agravamiento del daño.

Una opinión entiende que “*sólo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad, confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima*” ([[45]](#footnote-45)).

Para tal criterio doctrinal, la alusión del art. 1711 no difiere en cuanto a la antijurídicidad con el con la significación que se atribuye al término en el art. 1717, o sea, que debe ser susceptible de causar un daño cuya injusticia radica no estar justificado. ([[46]](#footnote-46)).

Otro criterio entiende que el art. 1711 estaría en franca contradicción con lo dispuesto por el art. 1717, pues en la faz indemnizatoria no se exigiría un ‘momento previo’ de antijuridicidad, en cambio si se exigiría en la preventiva ([[47]](#footnote-47)).

Desde otra perspectiva, el Dr. Roberto Vázquez Ferreyra sostiene que el art. 1711 al requerir antijuridicidad, se refieren a la antijuridicidad formal inclusiva aún de los pactos contractuales, o sea, que no es exactamente la misma que la evocada en la norma del art. 1717. ([[48]](#footnote-48)) No obstante, ello no significaría que fuer absolutamente indiferente, pues la ilicitud de la conducta anterior a la ocurrencia del contribuiría a tomar la decisión de prevenir.

Una cuarta opinión, entiende que la antijuridicidad a la que se refiere el artículo 1711, no es la del art. 1717, sino que evoca la antijuridicidad por la omisión del incumplimiento de mandato de previsión impuesto por el art. 1710 ([[49]](#footnote-49)).

En verdad, si lo que se entiende es que la referencia normativa es comprensiva de la antijuridicidad material, como lo hace la mayor parte de la doctrina, la contrariedad de la conducta del agente con el ordenamiento jurídico podrá venir de la ilicitud en sí misma de su conducta –con independencia del daño causado, que en esta etapa no lo ha sido- o de la omisión del deber de evitar el daño que previsiblemente se siga. Tan antijurídica materialmente es una como la otra, pues no podría sostenerse que el agente que omite la evitación del daño actúa conforme a Derecho, si se dan las condiciones que le imponen su deber de actuar. ([[50]](#footnote-50))

La distinción entre uno y otro juicio evoca la que se ha insinuado respecto del acto ilícito y el acto dañoso ([[51]](#footnote-51)). Así, la ilicitud o antijuridicidad resulta de la simple comparación entre lo querido o prescripto por el Derecho, sin que necesite un resultado dañoso, en cambio, el acto dañoso requiere de que la causalidad no haya sido interrumpida, por lo tanto, se haya producido la lesión, a la cuya compensación se destina la tutela resarcitoria.

En el caso que se trata de un daño aún no acaecido, el lazo de unión entre uno y otro se lo logra a través de un juicio *ex ante* de la producción del daño que permite anticipar intelectualmente la ocurrencia del daño, que aún no puede verificarse en la realidad, pero que de no tomarse medidas evitativas, existen probabilidades ciertas de que ocurra. Se trata de un juicio similar al de causalidad, pero no exactamente igual, pues en el daño causado el juicio es *ex post*, la llamada ‘prognósis póstuma’ (), en cambio, en el caso del daño amenazado se realiza ex ante.

Obviamente, es distinta la situación cuando de lo que se trata es de evitar la agravación del daño o su continuidad, pues en tales casos como el daño ya ha acaecido, la antijuridicidad de él queda al amparo de la presunción del art. 1717, que deberá destruir el accionado, mediante la demostración de que se irrogó al amparo de alguna causa de justificación. ([[52]](#footnote-52))

1. Legitimación activa.

La acción preventiva puede ser iniciada por cualquier interesado que ostente un ‘interés razonable’ en la evitación del daño o su agravamiento.

Cuando se trata de amenazas a derechos individuales será el titular del derecho amenazado, pero también serlo también quien resultaría damnificado indirecto de la lesión que se irrogue al directo.

Cuando las amenazas se dirigen a bienes que satisfacen derechos de incidencia colectiva, cualquiera de los que ven satisfechas sus necesidades con tales bienes puede accionar a los fines de solicitar el dictado de las medidas necesarias para la evitación del daño.

1. Canalización de la pretensión preventiva

La pretensión preventiva de carácter sustancial que establece el art. 1711, puede ser canalizada por distintos tipos de proceso: individual o colectivo.

Puede serlo por vía cautelar –accesoria a la existencia de otra pretensión sustancial o de fondo- o sustancial –a ser satisfecha por la sentencia de fondo- ([[53]](#footnote-53)), o por ambas conjuntamente, una pretensión preventiva de fondo con una cautelar preventiva que dure mientras se llega al pronunciamiento de fondo. ([[54]](#footnote-54)) El art. 1713 se refiere a esta cuestión cuando alude a que puede disponerse “en forma definitiva o provisoria”. Puede hacerse por medio de un proceso urgente, de una medida satisfactiva –si se dan sus presupuestos-, por medio de medidas cautelares de tipo tradicional, de un proceso de conocimiento sumarísimos, de tutelas anticipatorias ([[55]](#footnote-55)) o por medio de un proceso de amparo.

En los casos de necesidad de evitación de los daños a derechos de incidencia colectiva, puede ser canalizada por la vía del amparo que los resguarda, prevista en el art. 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional, a los fines de la evitar la discriminación, el daño al ambiente ([[56]](#footnote-56)), o la competencia ([[57]](#footnote-57)) y los derechos del usuario y consumidor. Este amparo no requiere de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, a diferencia de lo que sucede con el amparo tradicional.

1. Amplios poderes para el Juez

Al establecerse la posibilidad de que las medidas preventivas del daño se dicten a pedido de parte o de oficio, se amplían considerablemente las facultades judiciales. ([[58]](#footnote-58)) Los jueces podran constituir obligaciones de dar, de hacer o de no hacer en cabeza de quien emana la amenaza de daño, cuando se reúnen los requisitos previstos por el ordenamiento para la procedencia de la acción.

1. Las medidas que pueden disponerse preventivamente

La norma del art. 1713 abre un amplio espectro de medidas de evitación de la producción del daño o de su agravamiento, cuya adopción depende del daño amenazado y sus posibilidades de evitación, cesación o agravamiento. Pueden ser obligaciones de dar como la entrega de prótesis necesarias para evitar la prolongación temporal del daño mientras dura el proceso, o la sumas de dinero necesarias para una rehabilitación que sería menos exitosa si de posterga su iniciación. Obligaciones de hacer como una obra de aseguramiento de un daño temido por la caída de una pared o la instalación de una planta procesadora de desechos o filtros que eviten cierto tipo de contaminación ambiental o la realización de un estudio de impacto ambiental ([[59]](#footnote-59)).

1. Las pautas que deben ponderarse

Esta es una cuestión de gran interés dado que la doctrina coincide en que la prevención importa la posibilidad de restringir la libertad de quien pretende encarar una acción que puede resultar dañosa. Roberto Vázquez Ferreyra nos recuerda el análisis que hacía el maestro De Cupis calificando de problemática a la prevención, en cuanto para impedir la actuación de una persona sobre la base de que exista un mero peligro “exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro” ([[60]](#footnote-60)). El art. 1713 brinda la pauta compatibilizadora de ambos intereses indicándole al juez que debe proceder a “ponderar los criterios menor restricción posible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, o sea, en la evitación del daño temido.

Esa pauta rige para la responsabilidad civil en general, y parece excluir –en ese ámbito- la vigencia del principio precautorio ([[61]](#footnote-61)), en virtud de que este principio no presupone un daño que es previsible que sucederá, sino un daño incierto desde el punto de vista científico, en cuanto no se sabe con certeza si sucederá o no. En cierta forma, no puede sostenerse que la medida a decretarse sea eficaz para la evitación, pues no se sabe si la conducta que pretenda obrarse sería eficaz para producir el daño.

Precisamente, enseña Galdós que “*la medida y razonabilidad de la extensión de los mandatos debe resultar de un juicio de ponderación… atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata de un juicio de comparación entre la entidad y atendibilidad de los derechos en pugna, debiendo prevalecer los extrapatrimoniales sobre los patrimoniales y –según la naturaleza de los derechos en conflicto- los de incidencia colectiva sobre los individuales y la tutela de la persona a la del patrimonio*” ([[62]](#footnote-62))

1. La acción preventiva en el campo de la biodiversidad.

El largo recorrido que hemos hecho nos permite entrar en el nudo gordiano de nuestro tema. A tal fin debemos tener presente que el sistema previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación, requiere de una atención permanente al marco referencial que crea un sistema fuertemente inspirado en un diálogo de fuentes. Así lo dispone el art 2º del Título preliminar que prescribe que “*la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Ello significa:

1. que las normas no pueden ser leídas como aisladas, sino en el contexto que forma el sistema privado general constituido por el Código y los subsistemas o microsistemas al cual el Código le sirve de marco.
2. que el valor jurídico de la biodiversidad, que le reconoce el Convenio sobre Diversidad Biológica, al que la República Argentina ha adherido a través de la Ley 24.375, será una pauta interpretativa, que los jueces deben tener en cuenta en la resolución de los casos en que ella esté implicada.
3. que los principios reconocidos por la Ley General de Ambiente y que están elevados al rango del órden público por ella misma (art. 3), son de aplicación prioritaria.
4. Derechos individuales homogéneos.

En virtud de lo expresado, la supresión de ciertas normas del Anteproyecto no puedan ser interpretadas como que ha desaparecido lo suprimido. En efecto, si la norma no sancionada –por no haber pasado al Proyecto, era reglar los efectos de una realidad existente que surge de otras normas del ordenamiento, no regular los efectos de ella no suprime la realidad existente, sino que la deja en la anomia.

Así, la categoría de derechos individuales homogéneos susceptibles de ser dañados en virtud de una causa única, que el Código ha pretendido desconocer, es una categoría de la realidad, pues al existir daños a bienes colectivos que por reflejo dañan derechos individuales que muestran homogeneidad, esos derechos individuales homogéneos existen. Tan existe, que antes de la existencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ya existían, y así lo había establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso ‘Halabi’. ([[63]](#footnote-63))

El hecho de que la tela no esté inserta en el marco no hace desaparecer la pintura. Por supuesto, que no puede dejarse de reconocer que la regulación de la Sección 5ª del Capítulo 1 del Título V, no existe y que sólo puede ser parcialmente reconstruída a partir de las normas contenidas en el microsistema de la protección al consumidor (Ley 24.240, modificada por la Ley 26.361) y la posible interpretación analógica que extienda las soluciones a los demás daños relativos a derechos de incidencia colectiva.

1. La antijuridicidad de la conducta amenazante del daño ambiental

Al analizar la referencia a la antijuridicidad de la conducta amenazante a los fines de la acción preventiva general estatuida en el art. 1711 recordábamos las discrepancias que se insinúan al respecto.

En el ámbito de la prevención de la biodiversidad, la cuestión puede tener alguna otra arista si se sostiene que el daño ambiental puede provenir de hechos lícitos (como actos y reglamentos administrativos, contratos de la administración, etc. ([[64]](#footnote-64))), dado que en tales casos no sería necesaria la calificación previa de antijuridicidad de la conducta amenazante para proceder a la prevención. Si se quiere la presunción de legitimidad del acto estatal no podría constituir un argumento para descartar la injusticia del daño, tal como lo dispone expresamente el art. 1757 párrafo final, para las actividades riesgosas en general y el art. 29, segundo párrafo, primera parte de la L.G.A., en particular para el daño ambiental.

1. La pretensión preventiva en materia ambiental.

Cuando la pretensión preventiva trate sobre materia ambiental, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a las normas del art. 1709 impone recurrir, en primer término, a las normas indisponibles del Código y de la Ley especial. En el caso, de la materia ambiental, la ley especial es la L.G.A., cuyas disposiciones son de orden público, según lo establece el art. 3 de la propia ley.

Consecuentemente, cuando la pretensión preventiva se refiere a la materia, el juzgamiento de su procedencia debe hacerse conforme los principios que establece el art. 4 de la L.G.A., o sea, los principios de prevención y precautorio, de equidad intergeneracional y de responsabilidad.

Esta circunstancia tiene gran trascendencia toda vez que permite satisfacer el reclamo de la doctrina en cuanto a la necesidad de que las vías procesales tutelares se adecuen al objero protegico y a los principios que los rigen en las leyes especiales ([[65]](#footnote-65)).

Señalamos con anterioridad que en el ámbito de la responsabilidad en general, el principio precautorio no parecía aplicable pues no existe certeza de que la conducta amenazante del daño lo provocará. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Ambiental, la ley especial no nos permite negar la prevención sobre la base de la incerterza científica respecto de los daños graves e irreparables que se teman. En efecto, el art. 4 de la L.G.A. dispone “*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*”.

1. ACCIARRI, Hugo A. “Funciones del derecho de daños y prevención” L.L. t. 2013-A p. 717 y SIL AR/DOC/179/2013 [↑](#footnote-ref-1)
2. El Código Civil originario rechazaba cualquier posibilidad de prevención ante un daño temido, en forma clara, en la nota al art. 1132. [↑](#footnote-ref-2)
3. En virtud de lo expresado en el texto se transcribe dicha recomendación completa, a continuación: “1º) El derecho a la preservación del medio ambiente es una de las garantías implícitas de nuestra Constitución Nacional. 2º) El límite de la "normal tolerancia" no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar a la salud. Con relación al ataque de los demás bienes jurídicamente protegidos será de aplicación tal límite. El límite de la normal tolerancia es norma supletoria de antijuridicidad aplicable a todo caso. 3º) Legitimación activa. a) La legitimación, para ser efectiva la garantía constitucional de la preservación del medio ambiente, corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad. b) La reparación de los daños y perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente se rige por los principios generales de la responsabilidad civil. 4º) Legitimación pasiva. La acción puede dirigirse: a) Contra los sujetos que degradan el medio ambiente. b) Contra el Estado cuando hubiese autorizado o consentido la actividad degradante. 5º) Objeto de la acción. Según el caso podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o su reparación. 6º) Factor de atribución. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, 2da. parte del C.C.). Acorde con lo expuesto precedentemente cabe distinguir los siguientes supuestos: a) Si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, existe una responsabilidad contractual. En efecto, al margen de la prestación principal, hay una obligación accesoria tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua. Ello sin defecto de la opción aquiliana que autoriza el artículo 1107 del Código Civil. b) Si la contaminación es provocada por el hombre con su propio cuerpo, el supuesto encuadra en los artículos 1109, 1072 y 1074 del Código Civil. c) La polución efectuada mediante la intervención de las cosas -fuera del marco contractual- se rige por el artículo 1113, párrafo 2º (1º y 2º supuestos). d) También podrán jugar las previsiones de los artículos 907 y 1071 del Código Civil. e) Cuando no puede individualizarse al autor del daño dentro de un grupo, existirá responsabilidad colectiva. De lege ferenda: 1º) Recomendar que en una eventual reforma constitucional se garantice expresamente el derecho a la conservación del medio ambiente. 2º) Dictar un régimen específico en materia de preservación del medio ambiente que establezca la tutela ecológica preventiva, un sistema de responsabilidad objetiva por el denominado daño ambiental y severas sanciones al incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos encargados de la fiscalización. 3º) Corresponde también reconocer legitimación activa para la defensa de los intereses vinculados al medio ambiente a un órgano público de alta especialización (similar al ombudsman sueco o al Defensor del Pueblo español), sin perjuicio de reconocer dicho derecho a asociaciones representativas de los referidos intereses” [↑](#footnote-ref-3)
4. Despacho de la Comisión 4 del congreso mencionado en el texto. [↑](#footnote-ref-4)
5. La disposición de este artículo del Código de Vélez recibió críticas por su ubicación metodología, ya que la doctrina señaló que debía ubicarse al reglar la adquisición del dominio por medio de la apropiación. Ahora, se ha ubicado en el lugar correcto, bajo los numerales 1947, 1950 y 1951 del CCCN. [↑](#footnote-ref-5)
6. LLAMBÍAS, Joaquín J. “Tratado de derecho civil. Parte General”, Bs.As., Perrot, 1977, t. II p. 217, No. 1315. [↑](#footnote-ref-6)
7. LORENZETTI, Ricardo Luis “Teoría del derecho ambiental”, México, Porrúa, 2008, p. 8, No. I. [↑](#footnote-ref-7)
8. Esto se advierte con mucha facilidad respecto de la capa de ozono, que es de interés para todos los Estados. [↑](#footnote-ref-8)
9. BELLORIO CLAVOT, Dino “Tratado de derecho ambiental”, Bs.As., Ad-Hoc, 1997, p. 283, No. 1 del Cap. XVI: ALEGRÍA, Héctor “Economía, medio ambiente y mundo financiero” en Bueres, Alberto J.-Kemelmajer de Carlucci, A. (Dirs.) “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1997, p. 322, No. I.1; [↑](#footnote-ref-9)
10. SEGUÍ, Adela “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental", en Lorenzetti, Ricardo (dir.), "Derecho ambiental y daño", Bs.As., La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 135 y ss.; BESALÚ PARKINSON, Aurora V.S. “Responsabilidad por daño ambiental”, Bs.As., Hammurabi, 2005, p. 19, Introducción; MESSINA de ESTRELLA GURTIÉRREZ, Graciela “La responsabilidad civil en la era tecnológica”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1989, p. 119. [↑](#footnote-ref-10)
11. MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (Dir.) y otros “Derecho ambiental y de los recursos naturales”, Mendoza, Rep.Argentina, 2006, p. 14. [↑](#footnote-ref-11)
12. TAMAYO JARAMILLO, Javier “Las acciones constitucionales contra la contaminación ambiental en el derecho colombiano” en Kemelmajer de Carlucci, A. (Dir.) “Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabás”, Sta. Fe-Bs.As., Rubinzal y Culzoni, 2007, p. 588. [↑](#footnote-ref-12)
13. La sección 5ª comprendía los numerales 1745 a 1748 del Anteproyecto. El primero reglaba el daño a los derechos de incidencia colectiva y sus legitimados activos, siguiendo los lineamientos del art. 43 de la Constitución Nacional; el 1746, se ocupaba del daño a los derechos individuales homogéneos, definiéndolo y estableciendo sus legitimados activos; el 1746 establecía los presupuestos de admisibilidad de los procesos colectivos. En estos aspectos se seguían los lineamiento fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case “Halabi” (CSN., H.270, L.XLII, febrero 24-2009, "Halabi, Ernesto c. PEN —Ley 25.873 Dto. 1563/04— s/ amparo", Fallos 332:111, SIL 4/68227) y más tarde en el caso “Padec” (CSJN, agosto 21-2013, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", Fallos 336:1236). El último artículo proyectado bajo el numeral 1748 establecía: “Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”. Véase GIANNINI, Leandro J. “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)” LLOnline AR/DOC/3499/2012; NASSI, María C. “Cuestiones procesales colectivas: su acogimiento en la Ley General del Ambiente y los lineamientos de las acciones de clase en el Derecho argentino” SIL 0003/015256; GONZÁLEZ ZAVALA, Rofolfo M. “Nuestro incipiente proceso. Proceso colectivo” en Rev.D.Daños (Rubinzal y Culzoni) t. 2011-1 p. 189; entre otros muchos. [↑](#footnote-ref-13)
14. LORENZETTI, Ricardo L. “Discurso de presentación del Código Civil y Comercial de la Nación” en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf> , No. VIII [↑](#footnote-ref-14)
15. Nuestro Código Civil se apartaba de la conceptuación seguida en el Código Civil francés, al invertir el género y la especie. En *Code* las cosas son todas que existen y los bienes son las cosas que tienen valor pecuniario. El Código Civil y Comercial de la Nación continua la tradición argentina. [↑](#footnote-ref-15)
16. SEGUÍ, Adela “La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino” SIL AP/DOC/4885/2012, especialmente, cap. I. [↑](#footnote-ref-16)
17. El numeral 1714 establecía: “*El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas*” [↑](#footnote-ref-17)
18. No obstante la supresión, se trata de caracteres que han sido reconocidos por la doctrina. [↑](#footnote-ref-18)
19. No obstante la supresión, la legitimación proviene del art. 43 de la Constitución Nacional, pues la norma del Anteproyecto reflejaba aquélla disposición. [↑](#footnote-ref-19)
20. En efecto, el presupuesto fáctico no está constituido en la norma del art. 52 bis de la L.P.C. en el desinterés por los derechos ajenos, sino simplemente por el incumplimiento. [↑](#footnote-ref-20)
21. DOMINONI, Juan Facundo “Conclusiones de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros” L.L.Sup. Act. 04/06/2013 p. 2 y SIL AR/DOC/2143/2013. [↑](#footnote-ref-21)
22. PANTALEON PRIETO, Fernando “La responsabilidad en el derecho”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000, No. 4 pág. 175. [↑](#footnote-ref-22)
23. MARINONI, Luis “Tutela inhibitoria, individual e colectiva” Rev. Dos tribunais”, Brasil, 1998, [↑](#footnote-ref-23)
24. CSN, agosto 5-1986, “Gunther c. Gobierno Nacional”, Fallos 308-1118, E.D. t. 120 p. 524; ídem, setiembre 25-1997 “L., B.J. c.Policía Federal Argentina” L.L. 1998-E p. 528, J.A. 1998-I p. 97. [↑](#footnote-ref-24)
25. CAMPS, Carlos E. “La pretensión preventiva de daños” RCC.yS. 2015-XI p. 12 y SIL AR/DOC/2482/2015, especialmente, cap. III. [↑](#footnote-ref-25)
26. LÓPEZ HERRERA, Edgardo en Rivera, J.A.-Medina, G. (Dirs.)-Esper, M. “Código Civil y Comercial de la Nación”, Bs.As., La Ley, 2014, t. IV p. 995, No. I de la glosa al art. 1710. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cabe recordar el voto minoritario del Dr. Gualberto Lucas Sosa que propugnó –en una acción declarativa- ordenar en forma oficiosa a una empresa que contaminaba aguas del Río de la Plata, la adopción de medidas de saneamiento (C.C.2ª. La Plata, octubre 11-1977, “Celulosa Argentina S.A. c/Munic. de Quilmes” J.A. T. 1978-III p. 321 con nota crítica de Morello a la revocatoria); el pronunciamiento del Dr. Héctor P. Iribarne, que dispuso –también de oficio- que efectuara un drenaje de aguas pluviales y cercara el inmueble en que había muerto ahogados tres niños (Juzg.Civil y Comercial de Morón, L.L. t. 1987-D p. 364. Sin embargo, al año siguiente la Cámara Federal de La Plata, con un voto del Dr. Shiffrin, dispuso –oficiosamente- el cercamiento de un depósito artificial de aguas formado en terrenos de una empresa y la colocación de carteles de advertencia (agosto 8-1988 “G., D. y ot. c/Gobierno Nacional” J.A. t. 1988-III p. 96 con nota aprobatoria de Morello, A.M. y Stiglitz, G.A.. [↑](#footnote-ref-27)
28. En particular, el art. 79 de la Ley 11.723 en cuanto permitía suspender un espectáculo teatral, cinematográfico o musical, llevado a cabo sin autorización de su autores o derecho-habientes o embarga obras publicadas sin autorización. El art. 15 de la hoy derogada Ley 13.512 en cuanto permitía ordenar el cese de los actos violatorios del destino asignado a las unidades o de actos que atenten contra la tranquilidad de los vecinos o la seguridad del edificio (art. 6). [↑](#footnote-ref-28)
29. LEIVA, Claudio Fabricio “La función preventiva en el derecho de daños”, Mendoza, E.J.Cuyo, 2006, p. 197 y sgtes., cap. 15. [↑](#footnote-ref-29)
30. Sancionada el 7 de setiembre de 1994 y promulgada el 3 de octubre de 1994. [↑](#footnote-ref-30)
31. Señala en ellos: “*Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaz*a” [↑](#footnote-ref-31)
32. Ambas rezan: “*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 que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo*” [↑](#footnote-ref-32)
33. Fundamentos del Proyecto de Código Civil (1998), No. 261. [↑](#footnote-ref-33)
34. CALVO COSTA, Carlos A. “Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado en los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio”, Bs.As., La Ley, 2015, t. II p. 692. [↑](#footnote-ref-34)
35. El segundo párrafo del art. 1549, que encabezaba el Cap. I Disposiciones Generales del Título Primero “De la Responsabilidad civil en general” de la Parte Cuarta “De la responsabilidad civil” del Proyecto mencionado en el texto, establecía: “Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten derechos constitucionales. Las asociaciones representativas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto” [↑](#footnote-ref-35)
36. Aut.cit., “Más sobre la acción preventiva” L.L. t. 2016-A p. 1221 y SIL AR/DOC/4163/2015. [↑](#footnote-ref-36)
37. GALDÓS, Jorge M. en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2015, ap. III.6.2 de la glosa al art. 1710 [↑](#footnote-ref-37)
38. SEGUÍ, Adela M. “La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino” SIL AR/DOC/4885/2012, especialmente, cap. II.a); PEYRANO, Jorge W. “Más sobre el acción preventiva” cit., L.L. t. 2016-A p. 1221 y SIL AR/DOC/4163/2015, ap. 13. [↑](#footnote-ref-38)
39. PICASSO, Sebastián “La antijuridicidad en el Proyecto de Código” L.L. to. 2013-E p 666 y SIL AR/DOC/3184/2013, especialmente, cap. V [↑](#footnote-ref-39)
40. Fundamento del Anteproyecto, No. 3 del capítulo 1 del Título V. [↑](#footnote-ref-40)
41. PEYRANO, Jorge W. “Más sobre el acción preventiva” cit., L.L. t. 2016-A p. 1221 y SIL AR/DOC/4163/2015, ap. 12. [↑](#footnote-ref-41)
42. GALDÓS, Jorge M. en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” cit., t. VIII p. 299, ap. III.5.2 de la glosa al art. 1710; FRÚGOLI, Martín A. “Función preventiva ¿y punitiva? en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” MJ-DOC-7128-AR, ap. I. [↑](#footnote-ref-42)
43. Sobre esta cuestión en el campo del seguro obligatorio de automotores, ver COMPIANI, María Fabiana “La prevención en el derecho de seguros” RCCyC 2016 (abril) p. 13; QUADRI, Gabriel Hernán “Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial” L.L. Supl.diario 29/06/2016 y SIL AR/DOC/1729/2016, especialmente, ap. VIII [↑](#footnote-ref-43)
44. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en Belluscio, A.C.-Zannoni, E.A. “Código Civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1984, t. 5 p. 100 y sgtes., No. 8 de la glosa al art. 1074. En sentido concordante a lo expuesto en el texto: GALDÓS, Jorge M. en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” cit, t. VIII p. 295, ap. III.6.1 de la glosa al art. 1710: PICASSO, Sebastián-SAÉNZ, Luis R. en Herrera, M.-Caramelo, G.-Picasso, Sebastián “Código Civil y Comercial Comentado”, Bs.As., Infojus, 2015, t. 4 pág. 421, No. 2.2 de la glosa al art. 1711; así, sostiene el autor citado, que las consideraciones vertidas “*se aplican a las denominadas “omisiones puras”, es decir, aquellas que implican una total ausencia de acción. Por el contrario, los casos de “comisión por omisión” (es decir, cuando hay una omisión que se inserta en el marco de un curso general de acción positivo —por ejemplo, cuando el agente que ocasiona el perjuicio omite realizar una conducta tendiente a disminuir la magnitud del daño que ha ocasionado—) pueden ser directamente descriptos como acciones, y escapan a las reglas especiales que acabamos de mencionar”*. [↑](#footnote-ref-44)
45. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", RRCyS, t. 1999 p. 4, No. IV, escribiendo sobre la norma del Proyecto de 1998, y que dicha *“ilegitimidad requiere de una valoración sustancial y no meramente formal*” y ejemplifica, que no puede pretenderse paralizar un acto obrado en estado de necesidad. [↑](#footnote-ref-45)
46. Conf. PEYRANO, Jorge W. “Noticia sobre la acción preventiva”, L.L. t. 2015-F p. 1230 y SIL AR/DOC/4310/2015; LÓPEZ HERRERA, Edgardo en Rivera, J.A.-Medina, G. (Dirs.)-Esper, M. “Código Civil y Comercial de la Nación” cit., t. IV p. 999, No. II.2 de la glosa al art. 1711; PICASSO, Sebastián-SAÉNZ, Luis R. en Herrera, M.-Caramelo, G.-Picasso, Sebastián “Código Civil y Comercial Comentado”, Bs.As., Infojus, 2015, t. 4 pág. 421, No. 2.2 de la glosa al art. 1711; CALVO COSTA, Carlos A. “Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado en los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio” cit., t. II p. 690; ALFERILLO, Pascual E. en Alterini, J.H. (Dir.)-Alterini, I.E. (Coord.) “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Bs.As., La Ley, 2015, t. VIII p. 14, No. 1.b) de la glosa al art. 1710, sin embargo, aclara el autor en adelante ( que la presunción del art. 1717 no es operativa, y que “la antijuridicidad está incumplir con el deber de prevenir el daño impuesto por la ley” (véase t. VIII, p.18, No. 1 a) de la glosa al art. 1711). [↑](#footnote-ref-46)
47. UBIRÍA, Fernando Alfredo “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial”, Bs.As., Abeledo Perrot, 2015, cap. V No. 6 b) [↑](#footnote-ref-47)
48. VAZQUÉZ FERREYRA, Roberto A. “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material” RDCyO 2016 (abril) p. 3 y SIL AR/DOC/852/2016 y El Código Civil y Comercial y el derecho del consumidor: breve análisis de su incidencia” RDCyO t. 2015 p. y SIL AP/DOC/734/2015. [↑](#footnote-ref-48)
49. TABARES, Julieta C. RC D 1026/1014 y <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle_articulos&id=799970>.. [↑](#footnote-ref-49)
50. ALFERILLO, Pascual E. en Alterini, J.H. (Dir.)-Alterini, I.E. (Coord.) “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Bs.As., La Ley, 2015, t. VIII p. 18, No. 1.a) de la glosa al art. 2011 [↑](#footnote-ref-50)
51. CAVANI, Renzo “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos”, <https://www.academia.edu/5488038/Tutela_inhibitoria_y_tutela_de_los_derechos>, especialmente, cap. I. El autor sostiene su postura sobre las elaboraciones de Marinoni, Luiz Guilherme, en su “Tutela inhibitoria”. [↑](#footnote-ref-51)
52. ALFERILLO, Pascual E. en Alterini, J.H. (Dir.)-Alterini, I.E. (Coord.) “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético” cit., t. VIII p. 18, No. 1.a) de la glosa al art. 2011 [↑](#footnote-ref-52)
53. GALDÓS, Jorge M. en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” cit, t. VIII p. 295, ap. I de la glosa al art. 1710. En los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto se expresa “*se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria*” (No. 3 del Capítulo 1 Responsabilidad civil” Título V “Otras fuentes de las obligaciones”. [↑](#footnote-ref-53)
54. CAMPS, Carlos E. “La pretensión preventiva de daños” RCC.yS. 2015-XI p. 12 y SIL AR/DOC/2482/2015. [↑](#footnote-ref-54)
55. QUADRI, Gabriel Hernán “Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial” L.L. Supl.diario 29/06/2016 y SIL AR/DOC/1729/2016. Señala el autor que este tipo de tutela “importan la satisfacción total o parcial de la pretensión antes del pronunciamiento”. [↑](#footnote-ref-55)
56. El amparo ambiental se encuentra previsto en el último párrafo del art. 30 de la L.G.A. 25.675. [↑](#footnote-ref-56)
57. Sobre la pretensión preventiva en materia de competencia, ver: TREVISAN, Pablo “Acción preventiva de daños y defensa de la competencia” RCCyC 2016 (abril) p. 63 y SIL AR/DOC/916/2016. [↑](#footnote-ref-57)
58. MEROI, Andrea A. “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños” RCCyC 2016 p. 70 y SIL AR/DOC/956/2016, especialmente, ap. II.6. [↑](#footnote-ref-58)
59. SEGUÍ, Adela “Prevención de daños y tutela inhibitoria en materia ambiental” en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-Catalano, M.-González Rodríguez (Coords.) “Derecho ambiental y daño”, Bs.As., La Ley, 2009, p. 140, ap. IX. [↑](#footnote-ref-59)
60. DE CUPIS, Adriano, "El Daño", Barcelona, España, Bosch Ed., 2ª edición, 1975, pág. 575, No. 99. [↑](#footnote-ref-60)
61. Comp. BESTANI, Adriana “Acción preventiva y ‘omisión precautoria’ en el nuevo Código Civil y Comercial” RCCyC 2015 p. 111 y RCyS 2016-III p. 26 y SIL AR/DOC/3881/2015, especialmente, ap. VI. En nuestro pensamiento no se descarta una evolución hacia la extensión del principio precautorio en el ámbito más general de la responsabilidad civil, y en particular en lo que hace al derecho a la vida y la salud, pero creemos que –por el momento- la conciencia de la doctrina no ha dado aún ese paso, que puede resultar deseable. Lo dicho no obsta a que partiendo de la finalidad del Derecho Ambiental entre la que se encuentra el respeto por los derechos fundamentales de la persona y la coincidencia de la finalidad de la tutela de los derechos fundamentales que protege el derecho de daños, se comuniquen los valores de uno a otro y se encuentre razonable que la protección en un ámbito se extienda al otro. [↑](#footnote-ref-61)
62. GALDÓS, Jorge M. en Lorenzetti, R.L. (Dir.)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” cit, t. VIII p. 315, ap. II.1) de la glosa al art. 1710 [↑](#footnote-ref-62)
63. Ver nota al pie No. 13. [↑](#footnote-ref-63)
64. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)” Acad.Nac. de Derecho 02/10/2006, 1 y SIL AR/DOC/3241/2006, especialmente, ap. IV f); CARRANZA, Jorge A. “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental” J.A. t.1989-IV p. 704, ap. IV b) 2 E. [↑](#footnote-ref-64)
65. BERROS, Valeria “Reconstruir los mecanismos de tutela inhibitoria ante hipótesis de precaución”, J.A. t. 2013-IV p. 1199. [↑](#footnote-ref-65)