



PRINCIPIO PRECAUTORIO y NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN Por Adriana Bestani

No vamos a presentar aquí propiamente *ideas*. Se tratará más bien de *gérmenes* de ellas, ya que sólo se alcanzan a *barruntar*; a adivinar, desde lejos, sus posibles contornos. Me refiero al tema del título: la relación entre el principio precautorio (PP) y el nuevo Código Civil y Comercial Unificado (CU).

Desde el CU hacia los principios del Derecho Ambiental (incluido el PP) la cosa parece un tanto clara: El nuevo Código, recogiendo largos años de desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre el tema, reconoce expresamente la función preventiva de la Responsabilidad Civil (RC) y esta inserción del principio preventivo en la codificación, ciertamente, “fortalece la postura de defensa del ambiente” y lo fortalece también cuando le pide al intérprete que “consulte los principios y valores jurídicos del Derecho Ambiental” (Cafferatta, en referencia a los arts. 1 y 2 CU). Pero el nuevo Código hace más: Nos brinda explícitamente un criterio de discernimiento para resolver el dilema “mecanismos de prevención-precaución vs. libertad de trabajo, comercio o industria”. Lo hace al posibilitar el juego de los artículos 14, 240 y 241 de los que surge prístino que el ejercicio de los derechos individuales no será protegido cuando afecte bienes colectivos, como el ambiente y que, en todos los casos, sea cual fuere la jurisdicción, habrán de respetarse los presupuestos mínimos ambientales. Esto surge también del art. 4 LGA, primer párrafo: el PP (y el resto de los principios allí enunciados) van a cumplirse en toda interpretación y aplicación del CU cuando se trate de la ejecución de la política ambiental. Esto último, a su turno, nos lleve de la mano a un *contrapeso* de aquel criterio de resolución del dilema, cual es la aplicación del principio de proporcionalidad en la adopción de las medidas de precaución, pues ellas deben serlo “en función de los costos” -art. 4 LGA-).

El nuevo CU supone, entonces, un *reforzamiento* de la protección de los bienes, derechos y principios referidos al ambiente y, con ello, también del PP. Pero: ¿Cómo se da esta relación en sentido contrario? Es decir, la protección/afectación a un bien ambiental está íntimamente ligado en la inmensa mayoría de los casos a la protección/afectación de un bien perteneciente al ámbito de la salud humana de modo que protegiendo al ambiente directamente protegemos a la *vida, salud, integridad física y seguridad* humanas de forma indirecta. Pero ¿quid de la protección de estos derechos *de modo directo* con base en el PP? ¿Puede invocarse el PP en terreno civil sin conexión directa con el ambiente? ¿Afectará el PP al Derecho de Daños (DD)? Entendemos que la respuesta es positiva. Allí donde confluyan sus elementos de incertidumbre científica, gravedad, e irreversibilidad del daño; allí donde están en juego, ya no el ambiente sino aquellos derechos fundamentales de la *persona humana en tanto que tal* (sujeto de protección específica del Derecho Civil) debería poder aplicarse el PP. Esta posición no debiera sorprender si se piensa: a) en la consagración del deber de seguridad que emana expresamente del art. 42 CN respecto de los consumidores pero que se aplica, porque está también subyacente, en el derecho penal, laboral, y aún civil (pensemos nada más en los arts. 1° y 2° del nuevo Código y su abrumadora significación); b) en las XXIII y XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011; Bs. As., 2013) que entendieron respectivamente que el PP era nada menos que un principio general del Derecho de Daños y que debía incorporarse en una futura reforma a la LDC; c) en la intuición de Benjamin que hace alusión a la existencia de un “Derecho de Riesgos” -ya no sólo de Daños-, que se generaría a partir de estos paradigmas de la prevención-precaución.

Quizá porque la experiencia y la elaboración doctrinaria del PP *por fuera de lo ambiental* son aquí muy jóvenes todavía (estando muy lejos aún del extraordinario desarrollo europeo), el CU no lo ha considerado expresamente. Digo esto porque, al regular la función preventiva y resarcitoria de la RC, se apoya siempre en la previsibilidad y en la relación de causalidad adecuada, supuestos que excluyen el PP, que se basa en la incertidumbre científica. Pero justamente, la creciente existencia de estos *peligros inciertos* que, emergentes del desarrollo tecnológico de los S.XX y XXI, planean oscuros y amenazantes sobre la *seguridad, salud, vida e integridad física* de la persona torna insuficientes los esquemas y mecanismos de la responsabilidad y también los de la mera prevención que refieren a lo *cierto y previsible*. Pensamos por ello que la racionalidad preventiva sólo puede pensarse completa en su unión con la racionalidad precautoria a fin de que cubra los citados supuestos, en protección cabal y especial de esos derechos fundamentales. Puesta ahí la mirada, creo que la racionalidad precautoria nos invita a poner en marcha nuevos esquemas de pensamiento. Y así: * Sería posible atribuir cierta incidencia del PP en los presupuestos de la responsabilidad: a) En cuanto al factor de atribución: Se tratará de alargar la extensión del concepto mismo de previsibilidad que incluya en el deber de

prevenir, también aquellas situaciones que son sospechadas de riesgo aunque aún no pudiera éste comprobarse científicamente, “de modo que deberá considerarse culposa no solo la conducta de quien no hubiera tomado los recaudos para la prevención del riesgo conocido o previsible, sino la de aquel que en situación de duda o de incertidumbre, no hubiera adoptado medidas de precaución” (Mazeaud); b) En cuanto a la causalidad: Se tratará de “exigir menos certidumbre” en el establecimiento de la relación causal o, en otras palabras, de “creer en las certidumbres a partir de las probabilidades” (De Sadeleer). El PP reserva un amplio espacio a la presunción, por lo que devendría una forma de flexibilizar los caracteres tradicionales del nexo de causalidad. Si causalidad adecuada es “alta probabilidad” de causación de daño, el PP la reduce al standard de “simple posibilidad”; c) En cuanto al daño: El PP suavizaría la exigencia de producción de un daño al exigir sólo una “simple amenaza de daño”. Nos preguntamos aquí si se puede -o no- consentir con la afirmación de Pignarre que, desde Francia, nos dice: “Hay que admitir que la simple creación de un riesgo es un daño reparable”; o inquirir, junto a Carlos de Miguel Perales: ¿Los principios de prevención y de precaución abren las puertas para entender la RC al estilo de la penal y administrativa que no requiere el elemento daño ocasionado o producido para que emerja la responsabilidad?

Los deberes de diligencia y conducta emergentes del PP, si positivizado, pueden llegar a ser fuentes de responsabilidad cuando, incumplidos, generen daños. En este sentido el PP sería compatible con la RC entrañando simplemente un reforzamiento de la responsabilidad subjetiva a través de la modificación de lo que se entienda por culpa y de lo que debe entenderse previsible. Esa violación permitiría presumir el lazo de causalidad, en la medida en que esa tal culpa genere un riesgo objetivo de daño.

*Además, podría resultar del PP una renovación de la apreciación de la noción de seguridad de modo que el juez podría apoyarse en él para apreciar la calificación de “peligrosa” de una actividad o la condición de defectuosidad de un producto en caso de aplicación de la obligación de seguridad o de la responsabilidad por productos elaborados.

* Pero, si pretendemos que el PP sea un principio general del Derecho de Daños, debemos poder reconocerle una autonomía tal que lo preserve de disolverse en una teoría de la responsabilidad (tanto menos relevante si se piensa que, v.gr: aún de admitirse que el calificativo de “peligrosa” de la actividad según art. 1757 CU aluda también al *daño potencial* que llama al PP, lo cierto es que el estricto cumplimiento de las medidas de prevención y precaución no impedirían el surgimiento de la responsabilidad por daños derivados de la actividad o cosa riesgosa o peligrosa, al ser objetiva).

Corresponde entonces acrecentar el espacio donde cobra esta autonomía el PP y que no es otro que el de *la anticipación del daño*. Solo aquí, de hecho, la violación de la regla de la precaución viene de relieve en sí misma. El PP por lo tanto tiene un ámbito de aplicación exclusivo y propio en la dimensión de la inhibitoria (del Prato).

Así, y en general, la doctrina europea admite que el PP implique esta renovación de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil pero no admite que ése por sí mismo, sea causa de una acción reparadora lo que constituiría, dice Matilde Bouttonet, un sin sentido, pues el campo del PP es la evitación y anticipación del daño y no su reparación. En cambio, si el PP deviniera un verdadero principio del DD como lo propuso las XXIII Jornadas de Derecho Civil, podría entrañar la creación de una nueva acción consistente en la evitación de ciertos daños. En este sentido, Bouttonet califica esta nueva acción respecto de la acción reparadora, como “original a doble título”: desde el punto de vista de su finalidad (porque pasará de resarcitoria a preventiva) y de los actores (porque pasará de individual a colectiva).

Se tratará pues, a futuro, tanto de moldear con el cincel de la *Precaución* los deberes de diligencia, la concepción de lo que sea “seguro”, “riesgoso”, “peligroso” en bienes, actividades y productos -y elaborar sus consecuencias en la teoría de la responsabilidad-, cuanto de concebir y pergeñar, tal y como hace ahora con la acción preventiva el CU en sus artículos 1710 y ss, esta nueva “acción tutelar precautoria” respecto de bienes que, a la par del ambiente, son básicos y esenciales; derechos fundamentales que constituyen el piso mínimo a partir de los cuales se puede recién pensar en debatir sobre los demás derechos: la salud, la vida, la integridad física, la seguridad. Derechos fundamentales cuyo “problema de fondo...no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos” (Bobbio) y el de “posicionarlos como *leyes del más débil*” (Vitale); posición iusfilosófica ésta de protección del vulnerable, que está a la base del nuevo Código el que, por tanto, entendemos, recepta aquélla implícitamente (al menos en alguno de sus efectos), o debiera en adelante receptar.