

Sobre la tutela preventiva del daño

(Parte I)

Por Mariela Persico

1. Introducción

Es evidente que resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su detrimento ¿Qué mejor para la eventual víctima de un daño que no llegar a convertirse en víctima? El modelo curativo ya no basta. Es mejor prevenir, a no dudarlo. Y si bien es cierto que la función preventiva del derecho no es una novedad jurídica, como diría Miguel de Unamuno, “*para novedades, lo clásico*”. Desde siempre ha el hombre intentado protegerse de las dificultades venideras. Sin embargo, la prevención sigue siendo un tema en construcción que supone un verdadero desafío para el moderno de derechos de daños. La renovación de axiomas medulares sobre la protección de la persona humana y su entorno exige un serio compromiso social de la justicia, de tanta valía en la hora de ahora. Bienvenido sea entonces el nuevo paradigma protectorio que ha revolucionado ideas del derecho privado, poniendo en jaque la clásica idiosincrasia retrospectiva del sistema de responsabilidad civil.

Reconocida la necesidad de instrumentos preventivos de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, es preciso establecer un camino que, de manera clara y directa, permita impedir las consecuencias dañosas. Ese conducto no es sino la tutela inhibitoria aplicada al derecho de daños.

2. La acción preventiva en el Código Civil y Comercial

Vélez Sarsfield, en su nota al artículo 1132 del Código Civil, denostó la acción preventiva, señalando que ésta no tenía en realidad objeto frente a la posibilidad de accionar por las pérdidas e intereses del perjuicio, una vez sufrido éste, y dando por sentado, sin hesitación alguna, que las demandas de finalidad preventiva darían lugar a pleitos con resoluciones más o menos arbitrarias.

En la actualidad, la acción preventiva ha sido reivindicada por su orgánica regulación en los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial, aplicables tanto para las acciones individuales como para los procesos colectivos. Estos preceptos constituyen uno de los mayores logros de la nueva legislación. Consagran la tutela inhibitoria atípica contra el daño y prevén genéricamente un proceso que garantiza la tutela jurisdiccional contra toda clase de daño amenazante.

El artículo 1710 cobija tres aspectos distintos del deber general de prevención del daño: el deber de evitación de daños, el deber de no agravación de los daños y el deber de mitigación del daño o disminución de su magnitud (*duty of mitigation*)¹. Existen allí exigencias que pueden generalizarse, pues a

¹ La obligación de mitigar los daños tiene su origen en el *common law*, donde se conoce como *duty to mitigate damages*.

todos nos incumbe la prevención del daño (*neminem laedere*). Incluso al sujeto dañado.

La pretensión preventiva autónoma constituye la razón de ser de la referida acción que, como regla, exigirá la sustanciación de un proceso de conocimiento. A efectos de la legitimación activa, en la acción examinada, en cuanto sea razonable, es suficiente acreditar un interés simple, esto es, aquél en el que no existe un agravio personal como cuando, por caso, se acude al órgano jurisdiccional invocando intereses difusos indivisibles. La sentencia que admite la acción preventiva debe ordenar, incluso de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de hacer o de no hacer, procurando la menor restricción posible y el medio más idóneo para asegurar la eficacia del mandato (artículo 1713).

Para admitir la acción no es necesario acreditar ningún factor de atribución (dolo o culpa), siendo suficiente con demostrar que existe un peligro grave en la producción de un daño que puede evitarse, detenerse o siquiera reducirse (artículo 1712). Claro que para su procedencia, además de la amenaza de un daño, es preciso que exista una acción u omisión antijurídica y, asimismo, el establecimiento de una relación de causalidad probable entre la antijuridicidad y el daño que previsiblemente amenaza acontecer. Es decir, en otras palabras, una valoración sobre el fondo del asunto.

3. Presupuestos de la tutela inhibitoria contra el daño

La tutela inhibitoria no es una tutela contra el daño ocasionado, por lo que no tiene los mismos presupuestos que la tutela resarcitoria. Es obvio que el daño no puede estar entre sus presupuestos. La inhibitoria es una tutela orientada al futuro y genuinamente preventiva, de modo que es indudable que el daño ya acaecido no refiere a ella. Tampoco requiere de factores de atribución de la responsabilidad. La tutela inhibitoria no tiene en consideración la conducta de quien puede cometer el daño. No es un problema de responsabilidad y, por ende, no interesa el factor de atribución. El daño y la culpa no integran la demanda preventiva; no forman parte de la cognición del juez y, de esta forma, están visiblemente fuera de la actividad probatoria relacionada con la inhibitoria. Desde la perspectiva de la cognición, para obtener la inhibitoria, no es necesario probar el daño ni la culpa².

² Marinoni, Luiz G., *Tutela inhibitoria*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 33.