

LA TUTELA CIVIL INHIBITORIA COMO TÉCNICA
PROCESAL CIVIL DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

[Restraining Motion of Civil Guardianship as a Civil Procedural Technique of
Application of the Prevention and Precautionary Principles]

ÁLVARO J. PÉREZ RAGONE*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

¿Es posible hablar de un derecho de la responsabilidad civil y procesal preventivo? Estos nuevos principios complementan, no sustituyen la responsabilidad represiva, resarcitoria o restitutoria. La prevención y precaución la complementan con un correlato en un adecuado derecho procesal. Se defiende en este artículo la acción preventiva como mecanismo adecuado para el resguardo de determinados derechos que por su importancia no pueden sino ser resguardados preventivamente. Para ello el derecho procesal se basta con el resguardo de la legalidad y sin dar prioridad al daño actual o eventual. Las ventajas y la necesidad de una ley substantiva y procesal que contemplan el modelo de responsabilidad-prevención-precaución, complementan, no sustituyen a la

ABSTRACT

Should a preventive torts and procedural law be created? This new legal principles would be detached from the civil liability and would allow the creation of a preventive action of the risks of major attacks an essential interest and rights. The injunctions could be the answer and correlation in procedural law. In this article will argue with the assumption of a legal responsibility for the future to answer the ecological, medical challenges and bioethics posed in comparative and specially communitary perspective. This point of view disregards the damage as necessary requirement and look both procedural and substantive answers for the future. The advantages and the need for a responsibility-prevention-precautionary substantive and procedural law would be, at the 21st century the third

* Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.perez@ucv.cl

responsabilidad represiva del siglo XIX ni a la responsabilidad resarcitoria del siglo XX.

PALABRAS CLAVE: Principios de precaución y prevención – Tutela inhibitoria – Responsabilidad civil.

time after the responsibility-sanction of 19 st. and the responsibility-compensation for 20 st.

KEY WORDS: Precautory and prevention principls – Injunctions – Torts and Liability Law.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de responsabilidad civil resarcitorio, restitutorio o punitivo unido al sistema de clasificación de las acciones trinario (declarativas, constitutivas y de condena), con especial de la condena es insuficiente para una adecuada tutela de determinados derechos. Muchos de los denominados “nuevos derechos” (piénsese en materia de consumidores, medioambiente, derecho de la competencia, derechos personalísimos) son de difícil cuando no de imposible reparación pecuniaria o de *restitutio ex ante*. Además detentan una calidad que excede a la de simple derechos “legales”, son “fundamentales”. ¿Puede hablarse de alternativas sustantivas y procesales preventivas y profilácticas? La tesis que aquí se sostendrá responde afirmativamente. Así se habla de principios de precaución y prevención como inspiradores de una responsabilidad civil precautoria-preventiva y con un correlato procesal representado por la tutela de cesación o inhibitoria.

Para poder explicar el déficit en la tutela sustantiva y procesal de determinados derechos, que no admiten sino un resguardo *ex ante*, resulta indispensable partir de la concepción histórica que inspiró la “acción de condena”. Así en la parte II se desarrollan los antecedentes vinculados con el logro de la autonomía científica del derecho procesal. Autonomía que devino en “aislamiento” e incomunicación. Lo “adjetivo” del derecho procesal civil era un insulto a su rol protagónico científico, académico y legislativo. Racionalmente podía pensarse hasta en un derecho procesal civil como “alquimia” sin necesidad de que exista un derecho sustantivo. El juego conjunto de la libertad (“liberté”) e igualdad (“egalité”) con una visión del proceso y del sistema de responsabilidad es tratado en la parte III. Estos estandartes de la revolución francesa necesitaban reflejarse en las normas sustantivas y procesales. En la parte IV se presenta el fenómeno de la actuación del derecho sustantivo y procesal “preventiva” (*lato sensu*). Dentro de aquella se desarrollan en el punto V los principios de prevención y precaución con referencias al derecho comparado y comunitario especialmente. Se concluye (VI) con el proceso civil que regule adecuadamente estas ideas y en especial lo que se llama el contradictorio preventivo y la prueba. A lo largo de todo este artículo podrá verse cómo el tópico tiene

un tratamiento actual transversal e interdisciplinario. Desde el Derecho Administrativo, Derecho Procesal Constitucional tuitivo, pasando por el Derecho Sanitario, continuando con materias específicas como Derechos de Consumidores y Usuarios para terminar en el Derecho Ambiental tienen en más o en menos desarrollados estos instrumentos. Este artículo no pretende pronunciarse sobre ningún derecho positivo en particular, sino más bien tomar ejemplos de distintas normas y áreas del Derecho para demostrar precisamente la extensión e interdiscipliniedad del tópico.

II. LA AUTONOMÍA Y AUTOSUFICIENCIA PROCESAL DEL DERECHO DE ACCIÓN Y SU INCOMUNICACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO MATERIAL

El pensamiento liberal napoleónico de comienzos del siglo XIX, plasmado entre otros en el Code Civil y en el Code de Procedure Civil francés, influyó radicalmente en Europa y en las posteriores codificaciones iberoamericanas. La escuela exegética procesal italiana de mediados del siglo XIX acudió a los principales tratadistas franceses, los que fueron fuente directa de inspiración del Código Procesal Civil italiano de 1865. Con ello se aplicó la metodología de la exégesis del sistema madre francés, se concibió la norma jurídica abstraída de la realidad y sin mayores consideraciones del contexto del Estado y de la sociedad. El solo fundamento de su tratamiento con una metodología, una autoridad (muchos argumentos *ad hominem*) y con las solas razones descriptivas y explicativas servían de justificación suficiente¹.

Reaccionista surge Ludovico Mortara como el opositor más fuerte contra la exégesis y los “trasplantes legales” sin adecuación, dando origen a la importante escuela procesal italiana de fines del siglo XIX comienzos del XX². Su punto de partida fue sustituir la exégesis por un estudio sistemático-dogmático que partía de la realidad histórica y social³. La influencia ahora era de la dogmática alemana decimonónica⁴. Dos fueron las consecuencias

¹ DENTI, Vittorio, *La giustizia civile* (Bologna, 1987), p. 32; CARNELUTTI, Francesco, *Scuola italiana del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1947), pp. 233-240.

² COLESANTI, Vittorio, *Lodovico Mortara e le riforme processuali. La prima fase (1901-1912)*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1997), pp. 675-680; ver detalle para este tema sobre la influencia ideológica del Código Civil napoleónico y su recepción en Iberoamérica en WATSON, Alan, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law* (Cambridge, 1993), cap. 14.

³ CALAMANDREI, Piero. *Lodovico Mortara.*, en EL MISMO, *Studi sul processo civile* (Padova, 1957), IV, , pp. 211-216; TARUFFO, Michele, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi* (Bologna, 1980), pp. 187-190.

⁴ Las ideas centrales en torno a la independencia de acción con derecho subjetivo y su naturaleza pública no son planteos originales de los pensadores italianos del siglo

en relación a la emergente dogmática procesal civil: por un lado la desvinculación del derecho procesal civil del derecho material, la acción difería del derecho material e imponía la existencia de una disciplina autónoma y con personalidad propia; segundo, esa disciplina autónoma pertenecía al derecho público y tenía grado de autosuficiencia y dignidad científica⁵. Esto daba a los institutos procesales un rol nuevo, protagónico, entre ellos al juez, muy superior al formalismo napoleónico que, fundado en el rito limitaba a aquel y le asignaba un lugar secundario bajo el eufemismo de subordinación a la ley. La acción deja de ser un mero apéndice del derecho material para convertirse en un derecho autónomo de naturaleza pública con entidad propia⁶. Esto es claro en las elaboraciones chiovendanas para lograr la desvinculación de la acción del derecho material⁷.

Sin embargo, este logro científico de la escuela dogmática no fue inocuo en sus consecuencias. En primer lugar condujo a un derecho procesal civil autónomo, independiente y hasta neutral en relación al derecho material que debía realizar. La clasificación trinaría de las acciones y sentencias en meramente declarativas, constitutivas y condenatorias –todas por cierto tramitables por un procedimiento uniforme que permitía ordenar y sistematizar el caos (el procedimiento declarativo ordinario)– parecía cerrar las aspiraciones dogmáticas en un sistema perfecto. Esto al menos idealmente, pero aislado y despreocupado de las necesidades del derecho material para garantizar, bajo el velo de la objetividad sistemática, utópicas aspiraciones de neutralidad⁸. Evidentemente el surgimiento de los “procedimientos especiales” algo implicaban, aunque para esta escuela solo significaron la excepción a la regla de la ordinariadad, en términos carnelluttianos eran procedimientos anormales y solo simple variación de la estructura madre.⁹ Así el resultado de un proceso estaba dado por la perfección del sistema que hasta “aseguraba” un punto de llegada que debía ser (sin importar si lo era) justo. La justicia –en tanto regularidad y perfección racional del

XIX, sino elaboración consolidada de doctrina civilista y procesalista alemana del siglo XIX, al respecto ver KOLLMANN, Andreas, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht* (Berlín, 1996), pp. 615-619.

⁵ CARNELUTTI, Francesco, cit. (n. 1), p. 240.

⁶ SATTÀ, Salvatore, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1964), pp. 29-32.

⁷ TARUFFO, Michele, cit. (n. 3), p. 187.

⁸ SILVA, Ovidio Baptista da, *Processo e ideologia* (Rio de Janeiro, 2004), pp. 5-25; RAPISARDA, Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria* (Padova, 1987), pp. 100-112.

⁹ Así eran designados por CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, 1939), p. 9; ver las críticas de PROTO PISANI, Andréa, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1979), p. 536 ss.; EL MISMO, Andréa, *Lezioni di diritto processuale civile* (Napoli, 1994), p. 6 s.

sistema procesal— estaba asegurada y siempre era posible arribar a una “justa composición de la litis”¹⁰.

III. LA INSUFICIENTE RESPUESTA INSTRUMENTAL DEL PROCESO CIVIL PARA CON LAS NECESIDADES DEL DERECHO MATERIAL. RESPONSABILIDAD CIVIL, LIBERTAD E IGUALDAD

1. Simultáneamente el derecho civil francés ya había influenciado al derecho material de varios ordenamientos fundado en determinados valores que tenían claras manifestaciones normativas¹¹. Las distintas posiciones sociales en las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales necesitaban también un lenguaje igualador como *ultima ratio* en caso que sea necesario acudir al proceso judicial para restablecerlos¹². El fundamento en principios del naturalismo racionalista iluminista se deja ver con claridad en la concepción y primacía dada a la libertad e igualdad y su reflejo normativo¹³. Veamos, por un lado la igualdad formal de todos que ante la ley suponía la necesidad de criterios uniformes y uniformadores aplicables indistintamente a personas, relaciones, derecho y bienes que sea neutro a los “rostros” de sus partícipes como interesados¹⁴. Por otro lado la libertad implicaba el máximo respeto prohibiéndose la coercibilidad de todo hacer o no hacer (*nemo ad factum praecise cogi potest*). El artículo 1142 del *Código Civil* de Napoleón deja entrever estas dos premisas: toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en el pago de una indemnización que cubra los daños y perjuicios por incumplimiento del deudor.¹⁵ Una explicación posible es la necesidad de limitar al máximo la posible intromisión del juez en la libertad de los ciudadanos y garantizar un resultado de decisión lo más objetivo posible (y por ello uniforme o uniformable, igual o igualable), si se quiere la “moneda de cambio del mercado”, la pecuniarización final de toda posible decisión¹⁶. Todo es finalmente susceptible de ser “equiparado” o traducido

¹⁰ SCHUMANN, Ekkehard, *Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes*, en *Homenaje a Larenz* (Munich, 1983), pp. 571 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos directos* (San Pablo, 2004), pp. 55-58.

¹¹ PIETROBON, Vittorino, *Illecito e fatto illecito-Inhíbitoria e risarcimento* (Padova, 1998), pp. 10-23.

¹² MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli, 1978), pp. 30-38.

¹³ THIBIERGE, Catherine, *Avenir de la responsabilité, Responsabilité de l'avenir par*, en *Recueil Dalloz* (2004), n° 9, p. 577 ss.

¹⁴ PROTO PISANI, Andréa, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela* (Roma, 1990), *passim*.

¹⁵ TALLON, Denis, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2 (1994), p. 777 ss.

¹⁶ SATTA, Salvatore, *Diritto processuale civile* (Padova, 1987), v. 1, p. 755.

en una obligación de dar una suma de dinero¹⁷. Así si la prestación por el específico no es posible, es traducible sin problema alguno en términos pecuniarios, sea la relación patrimonial o extramatrimonial¹⁸. Siendo el patrón objetivo, quien decida debe hacerlo sin posibilidad de margen de error. El reflejo de esta visión en el sistema de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual ha sido receptado en los ordenamientos del sistema Continental-Europeo existiendo similitudes y diferencias radicales en el Anglosajón, en especial en el modelo por jurados (“Jury-Trial”) de los Estados Unidos de América¹⁹.

2. Este paralelo de vidas entre el desarrollo del derecho material privado y procesal partiendo de la influencia napoleónica tiene un punto de encuentro final y de comunicación: el proceso civil en el procedimiento ordinario garantiza esa estructura madre sustantiva en la sentencia de condena²⁰. Ésta persigue un resultado que perfectamente puede contener una condena de hacer o no hacer, pero se agota en ella. Si la parte vencida no cumple, existe para el interesado la ejecución forzosa y que en definitiva es traducible en términos pecuniarios. La tutela resarcitoria en defecto de la específica son procesal y sustancialmente un resultado ideológica, política y socialmente de “mercado”. Toda responsabilidad es redimible pagando en definitiva una suma de dinero²¹. La responsabilidad civil en sus requisitos de conducta, antijurídica o ilícita, con un factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) u objetivo, en relación causal que provoca un daño que debe ser recompuesto es el presupuesto de la norma material. El daño es en definitiva lo más concreto, material y pecuniariamente traducible, sea que nos movamos en las relaciones contractuales o extracontractuales²². Debe principalmente configurarse éste para poder poner a actuar la maquinaria tutelar sustantiva y procesal. Es decir, en otros términos, se tolera la antijuridicidad o

¹⁷ RAPISARDA, Cristina., cit. (n. 8), p. 100.

¹⁸ Para un estudio de incentivos y costos del sistema de responsabilidad francés ver JOSSELIN, Jean-Michel-MARCIANO, Alain, *The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation*, en *J.L. & Econ* (2002), p. 193 ss.

¹⁹ SPECTOR, Horacio, *Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective*, en *Duke Law Review* (2004), p. 521 (esp. pp. 532 s.); ver igualmente NEUFANG, Paul, *Erfüllungszwang als “remedy” bei Nichterfüllung* (Baden-Baden, 1998), pp. 27-32.

²⁰ TARUFFO, Michele, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, en *Rivista Critica del Diritto Privato* (1986), p. 635; FERRONI, Lanfranco, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, EL MISMO *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Napoli, 1989), p. 235.

²¹ Véase lo afirmado con corrección respecto a la sentencia de condena por ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, 2006), I, p. 46; DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti* (Milano, 1993), pp. 155-158.

²² TARUFFO, Michele, cit. (n. 20).

ilicitud siempre que no aparezcan un daño-interés “relevante jurídicamente”. El ilícito civil juega un rol para el sistema de la responsabilidad civil solo si hay un mensurable concreto que es el daño. Procesalmente quizás podrá acudir a la acción-sentencia meramente declarativa que indique declarando que una conducta, situación o relación es antijurídica o ilícita. Pero nada más, es solo una “mera declaración” y no genera deber alguno, no hay nada que exigir, no hay nada que ejecutar²³.

Parece irónico pero el ilícito civil no sea *per se* sancionable. Se puede perfectamente ingresar al mercado para comercializar un producto en mal estado incluso a sabiendas, pero aun no hay ilícito civilmente sancionable. En la lógica napoleónica esa conducta libre no puede ser coartada. Recién cuando alguien consume el producto y se produzca el daño comienza a funcionar la maquinaria con un resultado final posible y siempre predecible, el pago de daños y perjuicios²⁴. Se puede igualmente comenzar a competir deslealmente y mientras no haya daño no hay sanción posible. Puedo inmiscuirme en la vida privada para difundir determinada información íntima pero si aun no lo hago no hay ilícito civil sancionable. Puedo instalar una fábrica que alterará el microclima de una región con peligro para flora y fauna autóctona. Mientras no haya daño no hay ilícito civil sancionable. Tampoco son fáciles de invocar alguna que otra disposición relativa a la protección de las relaciones reales, de vecindad, limitaciones al dominio o acciones populares por daño eventual. El daño es el parámetro final porque él permite la cuantificación y la traducción pecuniaria²⁵. Así la salud, la competencia, los derechos personalísimos de la intimidad y privacidad y el medioambiente valen por lo que finalmente pueden llegar a “costar”²⁶. Un caso para ver las relevancias procesales y materiales lo constituye el art. 2333 del *Código Civil* chileno. Allí se establece una acción popular contra todos los casos de daño contingente que “por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción-personas”. Como puede verse el artículo tiene como presupuesto el “daño contingente”²⁷.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória* (3ª ed., San Pablo, 2003), p. 27.

²⁴ Como simple mención Exodo 21:23 dice: “*Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo [...]*”

²⁵ ARENHART, Sergio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva* (San Pablo, 2003), pp. 92-98.

²⁶ MONROY PALACIOS, Juan José, *La tutela procesal de derechos* (Lima, 2004), p. 48 ss.; FERRONI, Lanfranco, Cit. (n. 20), p. 235.

²⁷ Ver, por ej., CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, 2004), pp. 355-358. Como paralelo comparativo el Código Civil

Dentro de este tipo de norma no resulta fácil poder incluir casos como los antes descritos. Responde al paradigma descrito en las líneas anteriores siendo que la ilicitud carece de toda importancia²⁸. La respuesta a estos ejemplos en las solas normas paralelas a las civiles, a saber, normas fitosanitarias, bromatológicas, normas administrativas de policía, regulación del mercado y normas ambientales, como del derecho de consumidores y usuarios son respuestas especiales novedosas y de simple “contexto” en el sistema madre y mayor que implica la responsabilidad civil.

IV. EL DERECHO MATERIAL Y EL PROCESO CIVIL PREVENTIVO

1. Es que quizás convenga incluir una nueva alternativa a la estructura clásica de la responsabilidad civil resarcitoria, restitutiva y punitiva, a saber la responsabilidad preventiva (*lato sensu*). El correlato procesal bien puede ser la acción inhibitoria preventiva, que siendo una especie de acción con un resultado de condena, permite la actuación preventiva del derecho con el solo ilícito civil antes que el daño se produzca. El ilícito civil deja de

argentino también conoce la figura del “daño temido”. El antecedente en común en la *cautio de damno infecto* (“daño no ocurrido”) del derecho romano se refiere a los fundos rústicos y a los urbanos: el daño no se ha verificado, es un daño temido. Gayo define al daño temido como que es el daño aún no causado, que tememos se va a producir (G. 28) [ver al respecto ante todo BURCKHARD, Hugo, *Die cautio damni infecti* (Erlangen, 1875), pp. 30-55; ALBA CRESPO, Juan José, De la *cautio damni infecti* al *interdicto de obra vieja* y las medidas precautorias, en *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (6, 7 y 8 de febrero de 1997) (León, 1998), pp. 431-461]. Sí debemos mencionar que en paralelo comparado el art. 1132 del *Código Civil* argentino de 1869 expresamente rechaza la figura: “*El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede pedirle que repare o haga demoler el edificio*”. En la nota a este artículo, el codificador Vélez Sarsfield justifica la exclusión de la *cautio damnum infectum* dado que la ley civil prevé el resarcimiento de los daños efectivamente sucedidos. Para Vélez Sarsfield la política preventiva en esta materia está dada por el poder otorgado a los organismos administrativos municipales, que se encuentran obligados a ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina. Es recién con posterioridad (1969 por la Ley N° 17.711) que incorpora el art. 2499 al *Código Civil* argentino. Este contiene la figura de la “denuncia de daño temido”, que faculta a denunciar al Juez a aquella persona que tema que de un edificio u otra cosa derive un daño a sus bienes, a efectos que aquel adopte las oportunas medidas cautelares. Previo a ello se deberá verificar la verosimilitud del derecho que se invoca, el real peligro en la demora y una contracautela suficiente (al respecto sobre el Código Civil argentino ver ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, *Acerca de la acción de daño temido: su naturaleza jurídica* en *El Derecho* 105 (1984), p. 025.

²⁸ Ver MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil* (Santiago, 2004), pp. 10-15 y 179-190.

identificarse con el daño y asume un rol que amerita un resguardo procesal propio²⁹. Luego se verá que se distinguen entre principio de precaución (concentrado en un daño futuro cierto) y el de prevención (donde la certidumbre sobre el daño es mucho menor y la base de conocimiento más dudosa). Por ahora no se ve óbice, al menos desde la terminología procesal, para dar al término “acción inhibitorio o preventiva” un alcance lato que permita procesalmente realizar los dos principios enunciados³⁰.

El proceso civil debe contar con mecanismos que vinculen la realidad de prevención del derecho material y que habiliten la actuación fundada suficientemente en la licitud antes que en el daño³¹. Si bien en el derecho norteamericano el cumplimiento específico es aun más excepcional que en el sistema continental, existen figuras, como la de los “punitive damage”, por ejemplo que cumplen una excelente función preventiva y punitiva, más cuando este tipo de procesos se lleva ante un jurado³².

Como se verá la tutela preventiva inhibitoria no persigue resarcir. Actúa a futuro en relación a una conducta ilícita iniciada o por iniciar para hacer que cese o se efectúa acorde a derecho de determinada forma. Es una tutela de condena pero que excede el marco tradicional para el cual fue pensada la condena-ejecución³³.

En la sociedad contemporánea existen una serie de derechos de contenido no patrimonial o con repercusiones patrimoniales cuya afectación es de difícil cuando no de imposible reparación pecuniaria. De la misma manera, algunos derechos, como muchos derechos personalísimos aun teniendo repercusiones patrimoniales, como el nombre o si se refleja en una marca comercial tienen relevancia antes que sean violados³⁴. Derechos de

²⁹ DI MAJO, Adolfo, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Napoli, 1989), pp. 30-32.

³⁰ Ver el uso amplio del término en PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva* (Buenos Aires, 2004), *passim*, esp. pp. 23-45.

³¹ Ver con claridad este planteo en SPOLIDORO, Marco Saviero, *La misure di prevenzione nel diritto industriale* (Milano, 1982), pp. 160-170.

³² KOENIG, Thomas, *The shadow effect of punitive damages in settlements*, en *Wisconsin Law Review* (1998), pp.169-171; MOLLER, Erik- PACE, Nicholas M.- CARROLL, Stephen J., *Punitive Damages in financial injury jury verdicts. Executive Summary* (California, 1997), *passim*; MARTIN, Joanne, *Myth and reality in punitive damages*, en *Minn. L.R.* 75 (1990), p. 91.

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*, en EL MISMO *Temas de directo processual* (San Pablo, 1988), p. 79 ss.; ver igualmente SILVA, Ovidio Baptista da, *A ação condenatório como categoria processual*, en EL MISMO, *Da sentença liminar à nulidade da sentença* (Rio de Janeiro, 2001), p. 237.

³⁴ KÖHLER, Helmut, *Die wettbewerbsrechtlichen Abwehrensprüche (Unterlassung, Beseitigung, Widerruf)*, en *NJW.* (1992), p. 137.

este porte no se concilian con el resarcimiento pecuniario, incluso porque el uso exclusivo, de por ejemplo determinada marca comercial puede ser crucial para el éxito de una actividad³⁵. Aunque el derecho a una tutela jurisdiccional preventiva pareciera lógicamente aceptable, sin embargo la legislación procesal civil no fue concordante con permitir acciones flexibles para esas necesidades³⁶.

Ahora bien, la culminación de un proceso declarando, constituyendo o condenando en su visión clásica no es suficiente ya que actúa ora *ex post* (condena resarcitoria o de cumplimiento in natura o por tercero), ora sin virtualidad ejecutiva³⁷. La única alternativa de excepción estaba en las medidas cautelares. Sin embargo éstas no son suficientes por ser el daño eventual. En el proceso civil difícilmente puede sostenerse una acción de condena con estos parámetros clásicos y la tutela cautelar en su posición media entre el conocimiento y la ejecución no llega a cubrir suficientemente esta alternativa por ser instrumental, accesoria y provisoria³⁸. Las nuevas necesidades y realidades indujeron al uso de la acción cautelar innominada como técnica de sumarización del proceso de conocimiento (pretendiendo de ella una alternativa procedimental flexible). Es evidente que se escogió la vía pensada para el resguardo de un resultado eventualmente útil del proceso principal para suplir la extralimitante necesidad preventiva. Ahora, esta técnica procesal no se condice ni con el derecho material “amenazado”, ni con la función propia de la tutela cautelar³⁹. Similar

³⁵ Ver en detalle MITTAG, Mathias, *Der Unterlassungsanspruch gegen Mediendarstellungen im einstweiligen Rechtsschutz* (Hamburg, 2006), pp. 10-25.

³⁶ DI MAJO, Adolfo., cit. (n. 21), pp. 150-160; comp. CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti* (Milano, 1980), pp. 54-70. Como ejemplo baste citar jurisprudencia alemana en diversas áreas del derecho con similar argumentación para sustentar una acción de “cese”: Derecho de la competencia: Competencia BGH, Urt. 13 de mayo 2004 - I ZR 261/01; BGH, Urt. 1 de abril 2004 - I ZR 227/01 - OLG Köln, LG Köln; Medicamentos: BGH, Urt. 6 de mayo 2004 - I ZR 265/01 - OLG Schleswig, LG Itzehoe; Derecho de marcas: BGH, Beschl. 13 de octubre 2004 - I ZB 10/02 - Bundespatentgericht; BGH, Urt. 24 de junio 2004 - I ZR 308/01 - OLG Köln, LG Köln; Propiedad intelectual: BGH, Urt. 13 de noviembre 2003 - I ZR 187/01 - OLG Frankfurt am Main, LG Frankfurt am Main.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 23); ver igualmente en relación a la limitación de la acción meramente declarativa: HO, Moon-Hyuck, *Zum Anspruchs begriff der Feststellungsklage* (Paffenweiler, 1987), pp. 10-25.

³⁸ POSITANO, Giuseppe, *La tutela del danno alla persona. Aspetti giuridici, medico legali e assicurativi* (Padova, 2001), pp. 2-10.

³⁹ STÜRNER, Rolf, Generalbericht “Summary Proceedings” zum Colloquium der Internationalen Vereinigung für Zivilprozessrecht vom 26.-27. Oktober 2001 in Brüssel, en STORME, M. (coord.), *Procedural Laws in Europe Towards Harmonisation* (Apeldoorn, 2003), p. 123 ss.; igualmente véase MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 23), pp. 156- 158.

función tuvieron los procesos constitucionales tuitivos de derechos fundamentales (de amparo), la sola “amenaza” de lesión a uno justifica la actuación de la jurisdicción constitucional. Tanto o más relevante que la amenaza de lesión como “daño” al titular de un derecho fundamental, es prevenir la vulneración de la norma constitucional⁴⁰. Curiosamente estas vías procesales paralelas al proceso civil ordinario, fueron la válvula de escape en varios sistemas jurídicos en los últimos 20 años. Al igual que la tutela sumaria y cautelar, el amparo constitucional fue usado de “parche” para los defectos de la legislación civil sustantiva y procesal⁴¹.

2. Así son necesarios procedimientos con una técnica procesal adecuada a la prevención que supere el contenido de aquellas que hacen parte de la tradicional clasificación trinaría con adecuados medios de ejecución que puedan permitir la concretización de la tutela preventiva⁴². Este tradicional

⁴⁰ Ver últimamente el excelente trabajo comparado de FIX ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El Derecho de Amparo en el Mundo* (México, 2006), *passim*, esp. la introducción; ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale* (Bologna, 1988), p. 33; SILVA, Virgilio Afonso da, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares* (San Pablo, 2005), pp. 10-23; CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, en *JuS* (1989), pp. 161-172. Similar fenómeno en el plano comunitario de la EU. Así EL MISMO, *Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung*, en *Libro Homenaje Reiner Schmidt* (Munich, 2006), pp. 41-60; RODRÍGUEZ, José Julio Fernández, *La inconstitucionalidad por omisión (Teoría general. Derecho comparado. El caso español)* (Madrid, 1998), esp. pp. 20-56; SPECTOR, Horacio, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, en *Law and Philosophy* 22 (2003), p. 285 ss.; GROPPI, Tania, *¿Hacia una justicia constitucional ductile?*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, n. 107 (2003), p. 481 ss.; para un estudio sintético y adecuado al argumento sostenido en este artículo puede verse entre otros ORTIZ-ORTIZ, Rafael, *Tutela constitucional, preventiva y anticipativa* (Caracas, 2001), pp. 143-150; igualmente y preciso comp. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El amparo como vía de prevención del daño*, L.L. 2.000-F, p. 1.106

⁴¹ STÜRNER, Rolf., cit. (n. 39), pp. 143-186. Recuérdense por cierto lo enunciado por CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1945), p. 40: “Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada”.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 10), pp. 158-162.

proceso civil era adecuado a una preocupación únicamente con el ilícito dañoso, o quizás mejor, con el acto ilícito que estuviese constituido por una situación dañosa. Se sobrentendía, en otras palabras, que el proceso civil estaba predestinado al resarcimiento u otra forma de recomposición del daño. Es que el proceso civil también puede y debe dar una respuesta mediante una acción en la que la ilicitud de la conducta sea suficiente para la actuación inhibitoria preventiva del proceso civil⁴³. Mientras unos no aceptan sino solo la tutela preventiva teniendo como objetivo prevenir un daño eventual⁴⁴, otros la justifican suficientemente en la conducta antijurídica, en tanto mecanismo para actuar preventivamente tanto contra el ilícito como *a fortiori* contra el daño⁴⁵.

3. Esta última posición se muestra como la más plausible. De acuerdo al bien jurídico protegido, la intrumentalidad del proceso y su adecuación para la efectiva tutela del derecho e interés material, habrá casos donde la previsión tuitiva preventiva deberá focalizarse en una u otra alternativa⁴⁶. Tanto el legislador material como el procesal contemplaron mecanismos de tutela preventiva del daño, y son casos donde el límite máximo tolerable de conducta ilícita relevante está dado por el daño. Ahora si es éste el objeto de prevención mediato, nada obsta a que sea la ilicitud el objeto de prevención inmediato. La duda gira en casos donde el actuar preventivo corresponde que vaya más allá en el tiempo y sancione la sola ilicitud que de por sí tiene un efecto perturbador relevante. Ahora bien, en los ejemplos antes planteados se persigue la sola corrección de un acto ilícito ya practicado, en el que no se desea reparar un daño, por ende no puede exigirse un elemento subjetivo de atribución, ni menos la causalidad adecuadamente dañosa⁴⁷. La tutela inhibitoria no requiere culpa ni daño. Ello es, no son requisitos a discutir en un proceso donde se haya impenetrado una acción inhibitoria. En la acción inhibitoria es suficiente solo la demostración de la probabilidad del acto contrario al derecho. Siendo el daño una consecuencia eventual y el elemento subjetivo un requisito

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos do direito privado* (San Pablo, 1998), p. 346.; EL MISMO, *La tutela civil inhibitoria*, en *La Ley* 95-C-1217; poco clara pero incluíble en esta posición NICOLAU, Noemí, *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, en *La Ley* 1996-A, p. 1.245

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 10), pp. 160-162; LANDINI, Sara, *Causalità giuridica e favor veritatis*, en *Riv. dir. civ.* (2003), p. 417 ss.; comp. PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva*, en *Revista de Direito Processual Civil-Genesis* 29 (2003), p. 577.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 10), pp. 256-268; comp. por cierto MOLINARI VALDÉS, Aldo, cit. (n. 28), p. 10-15.

⁴⁷ FISS, Owen M., *The Civil Rights Injunction* (Indiana, 1978), pp. 15-30; PIETROBON, Vittorino, cit. (n. 11), p. 128 ss.

necesario para la imputación de la consecuencia dañosa no debiera haber su exigencia en estos casos⁴⁸.

4. Otra respuesta complementaria la da el análisis económico del derecho, al menos normativamente adecuado para el diagnóstico y pronóstico en el funcionamiento de un sistema jurídico. Actuando el individuo racionalmente, la creación de incentivos negativos y positivos para una conducta eventual con costo para el sistema, la norma puede considerar mecanismos adecuados de motivación. Pero ello no debe confundirse con la visión del liberalismo individualista decimonónico francés, que es superado por esta visión. Me explico, partiendo del egoísmo en la actuación de los individuos con proceder racional para la consecución de su objetivo, la actuación preventiva del derecho tiene una función de incentivos⁴⁹. El daño y antes la vulneración al sistema jurídico implican costos (no necesariamente pecuniarios) que alguien debe finalmente asumir⁵⁰. Es precisamente en los ejemplos dados donde este costo debe o deberá (si se produce el daño) ser soportado por otro patrimonio distinto del causante⁵¹. La configuración de adecuadas reglas de juego puede impedir que un costo se transfiera innecesariamente a quienes no correspondan. La actuación preventiva del derecho genera además beneficios de negociación que quedan casi excluidos una vez que la conducta perjudicial ya se verificó⁵².

V. PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN. ALGUNOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. Si la premisa es que la responsabilidad civil no debe tener por función prevenir los daños porque para ello están otras ramas del derecho, implica sostener un aislamiento del instituto poco aceptable. La función compensatoria-resarcitoria no excluye otras funciones, en este caso la

⁴⁸ KEATING, Gregory C., *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, en *Stanford Law Review* 48 (1996), p. 31; igualmente DAGAN, Hanoch, *Qualitative Judgments and Social Criticism in Private Law: A Comment on Professor Keating*, en *Theoretical Inquiries Law* 4 (2003), p. 89.

⁴⁹ COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Law & economics* (3ª ed., New York, 2000), p. 290.

⁵⁰ Para un estudio de estos argumentos en la responsabilidad civil ver BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, *Análisis económico de la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina* (Buenos Aires, 1990), p. 172.

⁵¹ POSNER, Richard, *Rational choice, behavioral economics and the law*, en *Stanford Law Review* 50 (1998), p. 1551.

⁵² FLETCHER, George P., *Fairness and Utility in Tort Theory*, en *Harv. L. Rev.* 85 (1972), pp. 537-555; KEATING, Gregory C., *Pressing Precaution Beyond the Point of Cost-Justification* (USC Law School, Research Paper Public Policy Research Paper Nr. 02-2, 2002), *passim*.

preventiva⁵³. Doctrinariamente se elaboró la distinción entre el principio de prevención que tiende a evitar un daño futuro, cierto, mensurable y el de precaución que solo persigue impedir la creación de un riesgo cuyos efectos son desconocidos, inmensurables pero con probabilidad científica. El principio de precaución conlleva trabajar con incerteza y duda ya que incluso las bases científicas de convicción pueden no existir con grado de probabilidad suficiente. Ahora, ello no libera de cualquier responsabilidad sino que permite ampliarla para reforzar la prudencia, en estos casos, el solo riesgo que conlleva la conducta ilícita es necesario y además suficiente⁵⁴. El principio de precaución no tiende a frenar el progreso ni el desarrollo sino a lograr un desarrollo sustentable, con ello se flexibilizan las medidas que en su consecuencia se tomen⁵⁵. La cultura jurídica preventiva y precautoria es radicalmente transversal a la función jurisdiccional, ejecutiva y legislativa. Veremos que esta afirmación adquirió importante rango dentro de la UE. por un lado para exigir políticas públicas adecuadas y por otro para habilitar al poder judicial a actuar allí donde había lagunas o imperfecciones.

Volviendo al derecho francés contemporáneo, dos casos resueltos por los tribunales locales abrieron las puertas no solo del derecho material precautorio y preventivo, sino de un proceso adecuado a ello. En “Greenpeace c. Francia” (el 25/02/1998), se hizo lugar al pedido de la asociación ecologista Greenpeace, para que se suspendiera la autorización del cultivo en Francia de tres especies de maíz transgénico, basándose explícitamente para ello en el principio de precaución, con sustento normativo en el artículo 200-1 del *Código Rural* (texto según ley Barnier). En el caso conocido como de la “vaca loca”, (24/07/99) se intervino a raíz del recurso contra un decreto del gobierno que prohibía la elaboración de alimento para bebés con base en ciertos tejidos o líquidos corporales de origen bovino (peligro de transmisión de la encefalopatía espongiiforme bovina). Así en políticas de salud pública se aplicó el principio por primera vez en forma de clara política pública⁵⁶.

⁵³ SCHWARTZ, Gary T., *Reality in the economic analysis of torts law: Does tort law deter?*, en *U.C.L.A. Law Review* 42 (1994) p. 423.

⁵⁴ Comparar con KOURILSKY, Pierre, *Du bon usage du principe de précaution* (Paris, 2002), p. 43 ; ver igualmente KOURILSKY, Pierre - VINEY, G., *Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre* (Paris, 2000), p. 405

⁵⁵ BARTON, Carmian, *The Status of the Precautionary Principle in Australia*, en *Harvard Environmental Law Review* 22 (1998), pp.523-545; BERGEL, Salvador, *Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil*, en AMEAL, J. (coord.), *Derecho Privado* (Buenos Aires, 2001), p. 1.008.

⁵⁶ THIBIERGE, Catherine, cit. (n. 13), p. 578; ALEMANN, Alberto, *Le principe de précaution en droit communautaire*, en *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4 (2001), p. 925

2. El principio de precaución fue incorporado en Francia con la Ley Barnier de 1995. Estos datos del derecho francés contemporáneo dan cuenta de la impronta comunitaria e internacional para la adecuación del derecho local y concretización de los principios de prevención y precaución. Se observa sin embargo el mantenimiento de profundas divergencias, que se traducen, en particular, en la manera en que los órganos jurisdiccionales interpretan y aplican el principio. El marco del Derecho Comunitario permitió crear parámetros generales de incorporación local, receptando los Estados miembros pautas de Directivas y Reglamentos. En Europa gracias a una interpretación jurisprudencial favorable, es que los principios fueron jurisprudencialmente reconocidos y aplicados por considerarse consagrados por el Tratado constitutivo de la CE.⁵⁷ El control del juez comunitario, por otra parte llegó incluso a extender su ámbito de aplicación: el principio viene en adelante a irradiar el conjunto de los ámbitos de competencia comunitarios. La consagración del principio en primer lugar se tradujo en su inscripción en el Tratado de Maastricht, luego en el derecho primario y secundario⁵⁸.

Fuentes del principio en el derecho europeo a partir de 1980, el principio de prevención comienza a penetrar el Derecho comunitario, con la decisión 80/372 del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a los clorofluorocarbonos (C.F.C.), que preconizaba “medidas de precaución”. Pero es sin duda con el Tratado de Maastricht (1992), que el principio se incorpora tangiblemente en el ordenamiento jurídico comunitario mediante los principios del derecho del medio ambiente consagrados por el Acta Única Europea de 1986 (el que contamina, paga, acción preventiva, corrección por prioridad a la fuente). Según los artículos 2 y 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este último se sienta en el deber establecer “un alto grado de protección y mejora de la calidad del medio

⁵⁷ CRUZ VILAÇA, José Luís da, *The Precautionary Principle in EC Law*, en *European Public Law* (2004), p. 1; DE SADELEER, Nicolas, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, *Cahiers de droit européen* 35 (2001), pp. 79-120.

⁵⁸ En febrero de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas extendió su ámbito de aplicación a los “efectos posibles sobre el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal”. En el marco de la OMC., el acuerdo “SPS.”, por lo que se refiere a la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias en cuanto a comercio internacional, permite a cada Estado, en las situaciones urgentes y de manera provisional, prohibir, incluso sin pruebas suficientes, la importación de un producto que considera peligroso para su población. Por su parte la Comisión Europea publicó un Libro blanco sobre la seguridad alimentaria (programa de acciones legislativas para los tres próximos años), completado por una Comunicación sobre el principio de cautela (02.02.2000). Así se explica el empleo transversal por políticas públicas de los principios.

ambiente” y alcanzar “un alto grado de protección de la salud”. Ello basado en los principios de cautela y acción preventiva. Las instituciones comunitarias tienen pues la obligación de aplicar el principio en el ámbito del medio ambiente, y de justificar sus decisiones con relación a él. Ninguna otra disposición del Tratado enuncia sin embargo explícitamente el principio ni su aplicación⁵⁹.

Sin embargo, aunque inserto en un artículo consagrado a la protección del medio ambiente, el ámbito de aplicación del principio de prevención es más extenso, y debe evaluarse respecto a varias otras disposiciones del Tratado. El artículo 6 prevé así que las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y la aplicación de las políticas y acciones de la Comunidad. Así, prevé la posibilidad de integrar la exigencia de protección del medio ambiente a otras políticas comunitarias⁶⁰. En la Cumbre de Niza del 7 al 9 de diciembre de 2000, el Consejo adopta una Resolución sobre el principio de prevención, que aprueba a grandes rasgos las orientaciones elegidas por la Comisión y da prueba del compromiso del conjunto de las instituciones europeas que deben promover este principio en la Comunidad y los Estados miembros como a nivel internacional. Aunque desprovista de fuerza jurídica, así como la comunicación de la Comisión, la Resolución del Consejo Europeo de Niza considera que “*procede recurrir al principio en cuanto se define la posibilidad de efectos nocivos sobre la salud o el medio ambiente y que una evaluación científica preliminar sobre la base de los datos disponibles no permite concluir con certeza sobre el nivel de riesgo*”. El Derecho comunitario reconoce el principio, manteniendo al mismo tiempo una definición muy abierta. La alta responsabilidad de trazar los contornos del principio, de definir su campo y las disposiciones de su aplicación, corresponde pues finalmente a los órganos jurisdiccionales comunitarios⁶¹.

⁵⁹ Así por ejemplo el art. 253 del Tratado de Amsterdam. En detalle FRANZONE, Danielle, *Commission Européenne, DG Environnement, discours au cours de “International Conference: Risks analysis and its role in the European Union”* (Bruxelles, 2000), *passim*.

⁶⁰ En detalle ver: LANNIYE, Paul, *L’Union européenne et le principe de precaution*, en ZACCAÏ, Edwin - MISSA, Jean (coord.), *Le principe de précaution: significations et conséquences* (Bruxelles, 2000), pp.145-151; BERERMAN, Carl, *Germany: Regulation and the Precautionary Principle*, in LAFFERTY, William - MEADOWCROFT, James (coord.), *Implementing Sustainable Development* (Oxford, 2000), p. 88.

⁶¹ Este último pues conoció sus primeras aplicaciones en asuntos relativos a los riesgos ecológicos, por lo que se refiere a la construcción de centrales nucleares, la contaminación atmosférica, los residuos peligrosos (CJCE., 090/7/1992, *Commission/Belgique*, caso de “*déchets wallons*”; CJCE, 02/08/1993, *Commission c. Espagne*: “*Conservation des oiseaux migrateurs*”; CJCE., 24/11/1993, “*Armand Mondiet*”:

Esta evolución constituye un buen ejemplo para la creación de un principio y su paulatina expansión transversal a partir de una disposición específica del Tratado⁶². Dos elementos del derecho de la precaución se encuentran confirmados y precisados: la obligación permanente de informar, y la autorización otorgada a los Estados y a las instituciones comunitarias de adoptar medidas de salvaguardia⁶³.

3. La exigencia de motivación de los actos se refuerza, y una simple irregularidad puede constituir un motivo serio de anulación. Así pues, en la sentencia *Artegodan*⁶⁴, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE) ejerce su control sobre la regularidad del funcionamiento del Comité de las especialidades farmacéuticas, y sobre la coherencia interna y la motivación de su dictamen. En la sentencia “Laboratorios Servier”⁶⁵, el Tribunal cancela las medidas impugnadas a causa de incompetencia de la Comisión. En el contexto del principio de cautela, “*el respeto de las garantías conferidas por el ordenamiento jurídico comunitario en los procedimientos administrativos reviste una importancia más fundamental*”⁶⁶. “*El juez aplica efectivamente el principio comprobando que no se ha omitido por la autoridad pública encargada de aplicarlo, pero —excepto error manifiesto— se niega a extender su control al análisis del riesgo hecho por esta autoridad [...]. El juez comunitario no puede en efecto substituir su valoración de los elementos efectivos (de carácter científico y técnico altamente complejos) a la de las instituciones a quienes, sólo, el Tratado confirió esta tarea*”. El juez prefiere pues evitar pronunciarse sobre la legalidad interna de los actos, no considerándose más cualificado que la política o el administrador para apreciar los datos científicos que se deben tener en cuenta. Esta jurisprudencia constituye paradójicamente uno de los argumentos alegados para reducir los temores en cuanto a las consecuencias contenciosas potenciales del principio de cautela (prevención y precaución). Al mismo tiempo que las instituciones habilitadas para hacerlo se reservan la definición de las pautas para definir el principio contando con la valoración última interpretativa del juez.

affaire des “filets maillants dérivants” relative à la *conservation des ressources de pêche*; CJCE. 07/02/1995: “Association de défense des brûleurs d’huiles usagées”). Ver un desarrollo amplio y detallado en PRÜGEL, Sebastian, *Das Vorsorgeprinzip im europäischen Umweltrecht* (Osnabrück, 2005), pp 20-33.

⁶² GUILLLOT, Charles, *Essai de définition juridique du principe de précaution*, en *Approche juridico-economique du principe de précaution* (Centre d’Analyse et de Recherche en Économie, Université de Rouen, Rouen, 2003), *passim*.

⁶³ Así ver lo sostenido en TPICE., 21 octubre 2003, T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV/Conseil*.

⁶⁴ CJCE., 26 noviembre 2002, . T141/00, “*Artegodan/Commission*”.

⁶⁵ TPICE., 5 abril 2003, T147/00, “*Laboratoires Servier/Commission*”.

⁶⁶ TPICE., 11 septiembre 2002, aff. T13/99, “*Pfizer Animal Health/Conseil*”.

Resulta un margen de maniobra importante en cuanto a la aplicación del principio, y sobre todo la posibilidad cambios en la jurisprudencia⁶⁷.

VI. EL PROCESO CIVIL Y EL CONTRADICTORIO EN LA TUTELA INHIBITORIA

1. La tutela inhibitoria (de prevención y precaución) requiere apenas amenaza de lesión en tanto “conducta antijurídica o ilícita” relevante, suficiente para ser sancionable. El término común que se ha de emplear será el de “acto lesivo” (término como sé similar al empleado para las acciones de protección y amparo) que comprende a aquel, ora contrario a derecho (antijurídico o ilícito), ora dañoso y antijurídico. Así pueden considerarse tres clases de acciones inhibitorias⁶⁸: a) la acción inhibitoria destinada a impedir la práctica de un acto lesivo (se impide el inicio de una actividad sancionable que se ha de verificar en el futuro sin ningún antecedente pasado o manifestación actual); b) la acción inhibitoria destinada a impedir la repetición de un acto lesivo (se impide un acto futuro similar a otro que tuvo inicio y final en el pasado, pero con posibilidad de repetición en el futuro); y c) la acción inhibitoria que persigue la continuación del acto lesivo (se impide la continuación de un acto lesivo permanente iniciado en el pasado, que continúa en el presente y proseguirá en el futuro). Aunque la acción inhibitoria por contraposición a la represiva tiene una orientación hacia el futuro, hay casos como b) y c) donde el pasado tiene relevancia necesaria y hasta suficiente. El demandante acredita su interés en base a

⁶⁷ Así pues, en el asunto Asociación Greenpeace Francia contra Ministerio de Agricultura y del 21 de marzo 2000 (CJCE., 21 mars 2000, aff. C-6/99, “Association Greenpeace France et al./Ministère de l’Agriculture et de la Pêche”), invitada por los aspirantes opuestos a la comercialización del maíz transgénico Bt en Francia a hacer una aplicación autónoma del principio de cautela, el Tribunal juzgó que esta norma ya encontraba su expresión en varias disposiciones de la Directiva 90/220/CEE. sobre la diseminación de la OGM. Resulta de esta sentencia, confirmada por decisiones ulteriores (CJCE., 15/6/2000, C-418 et C-419/1997, *Arco*; 22/6/2000, C-318/1998, “Procédure pénale contre Giancarlo Fornassar”; 4/7/ 2000, C-352/1998-0, “Laboratoires pharmaceutiques Goupil et Bergaderm/Commission”). *Siendo que un Estado puede alegar el principio* de cautela en un ámbito armonizado, pero a condición de proporcionar nuevos elementos de información que corroboran la incertidumbre o que demuestran la peligrosidad del producto. En la sentencia Toolex del 11/07/20001 (CJCE., 11/7/ 2000, C-473/98, “Toolex Alpha”), el Tribunal reconoció incluso la legalidad de una ley sueca que prohibía la importación de tricloroetileno, y admitió que se trataba de medidas adecuadas y proporcionadas. La aplicación del principio de cautela por el juez comunitario permitió reforzar el alcance del principio de cautela, y le permitió adquirir una dimensión vinculante.

⁶⁸ Clasificación similar a MARINONI, Luiz Guilherme, cit. (n. 10), pp. 256-257; comp. con CRUZ ARENHART, Sergio, cit. (n. 25), pp. 118-120.

un acto lesivo para obstar su repetición o continuación en tanto acto que se está verificando o se verificó. En caso de a) debe acreditar su interés en base a un acto lesivo con relevancia necesaria, pero no suficiente ya que se verificará probablemente en el futuro. Como puede apreciarse, desde ya entran en juego tópicos vinculados no solo con alegaciones de hecho y derecho, sino además y especialmente con la prueba. No se ven inconvenientes –al menos terminológicos– para, desde el punto de vista sustantivo corresponder el principio de prevención con la tutela inhibitoria preventiva del daño, mientras que el principio de precaución con la tutela inhibitoria precautoria del ilícito. Desde el punto de vista procesal el término “acto lesivo” tal cual se planteó permite incluir las dos alternativas. Existirán casos donde el bien jurídico requerirá amenaza de lesión en tanto “daño”. No es suficiente la visión restringida solo a la tutela inhibitoria preventiva del daño contenida en reducidas normas del derecho privado y con poco correlato en el proceso civil (interdictos de protección de la posesión, medidas cautelares y otros procedimientos especiales muy variados).

2. En el Derecho Comunitario la Acción de Cesación (“Unterlassungsklage, Injunction”) cubre este amplio espectro de posibilidades muy variadas iniciadas en materia de protección de consumidores⁶⁹. Las normas tendientes a proteger a los consumidores y usuarios revisten naturaleza esencialmente preventiva. El propio derecho del consumidor comenzó en sus orígenes, operando con características eminentemente represivas (penales y administrativas), y luego, gradualmente, pasó a tornarse fundamentalmente preventivo. Así solo como ejemplo Alemania adopta por ley una acción especial inhibitoria o de cesación concentrada a una amplia gama de situación en materia de derechos de consumidores⁷⁰.

⁶⁹ Así Directiva 98/27/CE. del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. No dista de técnicas procesales inhibitorias contenidas en posteriores directivas: Directiva 84/450/CEE. (publicidad engañosa y prácticas comerciales desleales); Directiva 85/577/CEE. (contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales); Directiva 87/102/CEE. y siguientes (crédito al consumo); Directiva 89/552/CEE. y siguientes (televisión sin fronteras); Directiva 90/314/CEE. (viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados); Directiva 2001/83/CE. (código comunitario sobre medicamentos para uso humano); Directiva 93/13/CEE. (cláusulas abusivas en los contratos); Directiva 94/47/CE. (adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido); Directiva 97/7/CEE. (contratos a distancia); Directiva 1999/44/CE. (venta y garantía de bienes de consumo), incluida en el anexo tras la adopción de la Directiva el 25 de mayo de 1999; Directiva 2005/29/CE. (prácticas comerciales desleales), incluida en el anexo tras la adopción de la Directiva el 12 de junio de 2005.

⁷⁰ Una ley con ámbito de aplicación material amplio SCHAUMBURG, Ellen B.,

3. En el contradictorio la prueba se reencausa con dos elementos nuevos especiales: por un lado la cientificidad (probabilidad científica de una consecuencia pasada, presente o futura con un nivel de verificación más complejo)⁷¹, por otro lado también dando cabida al evento de la sola violación de un derecho (carga y objeto de la prueba)⁷². Como puede vislumbrarse desde ya el proceso clásico ordinario fue pensado para poder, dentro del contradictorio probatorio, arribar a un convencimiento sobre la verdad o falsedad de hechos pasados. Pues acá tenemos el primer inconveniente al tener que proyectar la acción en el futuro: la concreta probabilidad de que se realice un acto ilícito. No solo debe probablemente⁷³ verificarse un “acto”, sino que él debe ser además “ilícito”. Si lo primero es una cuestión de hecho, lo segundo es de derecho, simplemente confrontar una conducta con una norma. Ahora tampoco resulta sin más aceptable la prueba de algo que aun no ocurrió (lo que englobaría los casos de acciones que catalogáramos como c). La discusión sobre un acto ya verificado y agotado en el pasado o de naturaleza continua no ofrece la misma facilidad probatoria de uno totalmente futuro sin precedente alguno. Así se hace necesario delimitar bien cuál será el objeto de la prueba.⁷⁴

4. Mientras que la acción de las autoridades se basa tradicionalmente en la voluntad de solucionar o prevenir un problema claramente definido, que genera una molestia probada, pasada y definida, el principio de cautela consagra la posibilidad e incluso el deber de actuar en base a una duda razonable y justificable para el futuro. La acción de las autoridades podrá en efecto desencadenarse de la sola presencia de una grave sospecha de

Die neue Verbandsklage - Zum erweiterten Verbraucherschutz durch die Umsetzung der Unterlassungsklagenrichtlinie und das neue Unterlassungsklagengesetz, en *DB*. (2002), pp. 723-727.

⁷¹ FAIGMAN, David - KAYE, David - SAKS, Michael - SANDERS, Joseph, *Modern Scientific Evidence. The Law and Science of Expert Testimony* (2^a ed., Minn., 2002), introd.; FAIGMAN, David, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law* (New York, 1999), pp. 2-10, 6-70, 77-79; CLERMONT, Emily - SHERWIN, Kevin, *A Comparative View of Standards of Proof*, en *Am.J.Comp.L.* 50 (2002), p. 268 ss.

⁷² Ver en detalle en especial para el daño tóxico incierto en su causalidad SEYFERT, Christian, *Mass Toxic Torts: Zum Problem der kausalen Unaufklärbarkeit toxischer Massenschäden* (Berlin, 2004), pp. 25-35; concordante con el argumento planteado supra MARINONI, Luiz Guilherme - ARENHART, Sergio Cruz, *Comentarios ao Código de Processo Civil* (San Pablo, 2000), V, 1, p. 135.

⁷³ Sobre lo probable y lo posible desde la prueba ver COHEN, Jonathan, *The Probable and the Provable* (Oxford, 1977), p. 5.

⁷⁴ Estos casos continuados o repetitivos (b y c) no distan mucho para su análisis del método estadístico, empleable como prueba, así ver al respecto VICK, Douglas, *Statistical Significance and the Significance of Statistics*, en *Law Quarterly Review* 116 (2000), p.575 ss.

peligro medioambiental e irreversible. El principio de cautela se basa en la incertidumbre, que puede referir tanto a la existencia del peligro como su alcance. Una sospecha de riesgo debiera dar lugar al menos al derecho de exigir un estudio suficiente para fundar medidas concretas. Esta evolución en la reflexión introducida por los principios de cautela preventiva y precautoria constituye una verdadera revolución del modelo jurídico. En especial cuando se inserta en la decisión judicial ante una situación donde debe pronunciarse sobre la legalidad de una decisión o de la ausencia de decisión en contexto de incertidumbre⁷⁵.

Cronológica y normalmente el acontecimiento del daño coincide sucesivamente con el acto ilícito. Nuevamente se incurre en el mismo interrogante sobre la necesidad o no del daño. Un ejemplo concreto puede ayudar a aclarar el problema probatorio. Un productor de alimentos introduce en el mercado su mercadería con un ingrediente que científicamente se sabe es cancerígeno y las leyes de Salubridad prohíben absolutamente su uso. En este ejemplo no hay daño, sí la mera probabilidad. Hay un dato cierto que es el uso de determinado producto sobre el que no solo hay certeza científica, sino además una disposición legal prohibitiva clara. En este caso la acción inhibitoria que persiga impedir la comercialización de un producto nunca consumido y menos insertado en el mercado se orienta al acto contrario a derecho. Es irrelevante discutir en el proceso sobre la probabilidad científica de daño o la validez de un juicio científico anterior sobre el ingrediente empleado. Al menos judicialmente se trabajará con el juicio prohibitivo y evaluativo de perjuicio que hizo ya el legislador: ese ingrediente está totalmente prohibido.

5. Ahora bien el principio de cautela se aplica a situaciones aún no ocurridas, cuya llegada se somete a conocimiento. La lógica misma del principio lo vuelve pues incompatible con esta lógica de la exigencia de falta, puesto que el conocimiento, por lo tanto la certeza del daño, son dudosos en el momento en que debe aplicarse la acción susceptible de ser objeto de un control del juez. La incertidumbre científica como característica de las situaciones de precaución y prevención impone cambios en el objeto y carga de la prueba⁷⁶. Ésto se traduce en grados no absolutos de convencimiento para justificar una decisión permitiendo u obligando a adoptar medidas. Ante una situación de incertidumbre científica y riesgo potencial, el principio de cautela obliga a adoptar medidas basándose en la hipótesis más alarmista. Es una “presunción finalmente de riesgo” que se efectiviza en un contexto de incertidumbre: aunque aplicada al objeto

⁷⁵ THIBIERGE, Catherine, cit. (n. 13), p. 580.

⁷⁶ SEYFERT, Christian, cit. (n. 72), pp. 10-20.

o a la situación en cuestión se puede argumentar sin necesidad de acudir a la culpabilidad ni al daño, lo que excluye ciertas garantías que implican los requisitos de procedencia de la responsabilidad⁷⁷.

6. No corresponde al demandante probar la existencia de un riesgo –puesto que tal prueba es imposible a causa de la incertidumbre científica– sino que debería ser el demandado quien corra con la carga de probar la ausencia de riesgo, lo que es por cierto por la misma razón imposible en la mayoría de las situaciones de precaución (prueba negativa). El único recurso del demandado descansará a menudo pues en la interpretación más o menos flexible que el juez podrá dar a los conceptos de “gravedad” y de “proporcionalidad”, y en su propensión a interpretar el principio de cautela de manera más o menos estricta. Este razonamiento se aplica ciertamente solamente a una excepción en el marco del contencioso de la responsabilidad, caracterizada por una situación de incertidumbre y un riesgo presunto de grave peligro e irreversibilidad. Al compás de su jurisprudencia, el juez en efecto tendrá que definir la naturaleza de los riesgos que justifican el recurso al principio de cautela, pronunciándose sobre el límite máximo de “gravedad” que debe considerarse. Por lo que se refiere a la “irreversibilidad” el juez tendrá también que reflexionar proporcionalmente con un juicio de prognosis. En efecto, en la medida en que la precaución constituye en la mayoría de los casos un principio de anticipación, el juez solo dispondrá para fundar su decisión en estudios periciales de probabilidad.

El concepto de proporcionalidad de las medidas en cuestión hace también intervenir el peritaje que guiará al juez en su comparación de las alternativas disponibles para establecer su coste, económico y social, con relación al coste de la ausencia de medidas, y determinar cuál es la más razonable⁷⁸. La prueba de pericia científica puede reforzar la objetividad del razonamiento judicial en la medida en que proporciona un apoyo sólido a la decisión del juez. Es importante sin embargo relativizar esta concepción idealista del papel de los expertos peritos y de la neutralidad de su producción científica: ellos mismos no son libre de intereses particulares, y si la ciencia tiene vocación de producir un conocimiento objetivo, las conclusiones a las cuales puede arribar es necesariamente en parte tributaria de las orientaciones de su autor. La “batalla de expertos” demuestra en la realidad de los simples procesos cómo las respuestas científicas pueden ser

⁷⁷ BERG, Thomas, *Beweismass und Beweislast im öffentlichen Umweltrecht: Instrumente eines verantwortungsvollen Umgangs mit technologiebedingten Risiken* (Baden-Baden, 1995), pp. 30-56.

⁷⁸ BÖHM, Monika, *Der Normmensch: materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen* (Tübingen, 1996), p. 250-300.

muchas y de acuerdo a la visión del científico. El perito no es imparcial y neutralidad como lo postula la tradición procesal continental⁷⁹. En definitiva es el juez quién decide.

7. La interpretación de los jueces comunitarios, como algunos órganos jurisdiccionales nacionales, muestra sin embargo su –ya reiterado varias veces supra– carácter transversal. En el caso de Francia la incorporación del principio de cautela en la Constitución señala una nueva etapa. Se consagra en efecto por primera vez en la cumbre de la pirámide de las normas de un Estado⁸⁰. En adelante investido de un alcance general y obligatorio, el principio contiene los gérmenes de una verdadera revolución de filosofía del derecho. Los distintos órganos jurisdiccionales franceses por el momento se mostraron receptivos al principio de cautela, incluso en ausencia de textos estableciendo su aplicabilidad directa. La consagración constitucional del principio debería consolidarlos en esta tendencia, y favorecer la insinuación de un método de reflexión basado en la precaución en el conjunto del contencioso.

La debida motivación de la decisión judicial se asiente suficientemente sobre la antijuridicidad y los hechos descriptos en una sentencia. Esa argumentación racional lógica y contextualmente fundada en los hechos y derecho podría fundarse por un lado en una norma prohibitiva sin necesidad de discusión siquiera de daño y con la sola acreditación del de la vulneración a las normas que prohíben determinada conducta⁸¹. Siendo que el propio legislador ya escogió calificar de contraria a derecho determinada actividad (aun cuando no le haya sumado como requisito el daño) es suficiente para habilitar al juez a realizar esa norma para impedir su violación en el futuro o hacer cesar su vulneración actual.

V. CONCLUSIONES

El sistema de la responsabilidad civil y su correlato en la acción de condena solo como posibilidad resarcitoria o restitutoria resulta insuficiente para el resguardo adecuado de determinados derechos. Es más puede predicarse que con esa visión se generan incentivos para vulnerarlos sin inconvenientes (salvos los costos, siempre por cierto presupuestables). La pecuniarización como resultado igualador no satisface una faz poco

⁷⁹ RAZNOVICH, Leonardo, *Los principios generales del derecho probatorio y el proceso civil*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 9 (2006), p. 171 ss.

⁸⁰ THIBIERGE, Catherine, cit. (n. 13), p. 579.

⁸¹ TARUFFO, Michele, *Rethinking the Standards of Proof*, en *Am.J.Comp.L.* 51 (2003), p. 666 y ss.; TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* (Milano, 1992), p. 91; Conf. CLERMONT, Emily-SHERWIN, Kevin, cit. (n. 51).

regulada: el derecho preventivo. Desde diferentes ramas del derecho la actuación *ex ante* independiente del daño y solo teniendo en cuenta la conducta antijurídica ha tenido un importante desarrollo.

La llamada constitucionalización del derecho privado tornó a muchos derechos de una exigencia adecuada de protección que debe verificarse preventivamente. Así surgen –interdisciplinariamente– los principios de protección y prevención para permitir la tutela de derechos de difícil o imposible reparación o restitución. El recurso a la cautela (preventiva y precautoria) implica por un lado la identificación de consecuencias negativas de productos, fenómenos o procedimientos. Pero por otro lado una valoración de riesgos. Valoración que se facilita para el juez cuando previamente ya fue efectuada por el legislador o el ejecutivo para crear una prohibición normativa. La posibilidad, probabilidad y severidad en que lo azaroso o probable impacte tanto en el medio ambiente, como en la salud, y el nivel y calidad de riesgo que esto genera impone una nueva mentalidad de actuación para la elaboración del derecho material. La aplicación de estos principios genera sin duda un riesgo político. Son áreas de profunda vinculación con políticas públicas⁸².

Pero esta impronta en el derecho material se debe complementar con una necesaria participación de la función jurisdiccional mediante procesos adecuados que salen de la tradicional estructura. Ello se refleja en nuevos mecanismos procesales como la tutela inhibitoria. El proceso también debiera actuar efectivamente para resguardar preventiva o precautoriamente antes de curar, lo que de por sí luego resulta incurable.

[Recibido el 9 y aceptado el 23 de abril de 2007].

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA CRESPO, Juan José, De la *cautio damni infecti* al interdicto de obra vieja y las medidas precautorias”, en *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (6, 7 y 8 de febrero de 1997) (León, 1998).
- ALEMANNI, Alberto, *Le principe de précaution en droit communautaire*, en *Revue du Droit de l'Union Européenne* 4 (2001).

⁸² Coincidente y más amplio ver SCHAPIRO, Robert A., *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*, en *The Yale Law Journal* 99 (Octubre de 1989) 1, pp. 231-250; comp. FLETCHER, William A., *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial legitimacy*, en *The Yale Law Journal* 91 (Marzo de 1982) 4, pp. 635-697; comp. los argumentos con una reciente sentencia “HER, Inc. v. RE/MAX First Choice”, LLC, No. 206-CV-492, 2007 WL 43747 (S.D. Ohio Jan. 5, 2007).

- ARENHART, Sergio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva* (San Pablo, 2003).
- ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, *Acerca de la acción de daño temido: su naturaleza jurídica en El Derecho* 105 (1984).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*, en EL MISMO, *Temas de directo processual* (San Pablo, 1988).
- Barton, Carmian, *The Status of the Precautionary Principle in Australia*, en *Harvard Environmental Law Review* 22 (1998).
- BERG, Thomas, *Beweismaß und Beweislast im öffentlichen Umweltrecht: Instrumente eines verantwortungsvollen Umgangs mit technologiebedingten Risiken* (Baden-Baden, 1995).
- BERGEL, Salvador, *Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil*, en AMEAL, J. (coord.), *Derecho Privado* (Buenos Aires, 2001).
- BERERMAN, Carl, *Germany: Regulation and the Precautionary Principle*, in LAFFERTY, William - MEADOWCROFT, James (coord.), *Implementing Sustainable Development* (Oxford, 2000).
- BÖHM, Monika, *Der Normmensch: materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen* (Tübingen, 1996).
- BURCKHARD, Hugo, *Die cautio damni infecti* (Erlangen, 1875).
- BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, *Análisis económico de la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina* (Buenos Aires, 1990).
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1945).
- CALAMANDREI, Piero. *Lodovico Mortara.*, en EL MISMO, *Studi sul processo civile* (Padova, 1957), IV.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, en *JuS* (1989).
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung*, en *Libro Homenaje Reiner Schmidt* (München, 2006).
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, 1939).
- CARNELUTTI, Francesco, *Scuola italiana del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1947).
- CLERMONT, Emily - SHERWIN, Kevin, *A Comparative View of Standards of Proof*, en *Am.J.Comp.L.* 50 (2002).
- CHIARLONI, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti* (Milano, 1980).
- COHEN, Jonathan, *The Probable and the Provable* (Oxford, 1977).
- COLESANTI, Vittorio, *Lodovico Mortara e le riforme processuali. La prima fase (1901-1912)*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1997).
- COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Law & economics* (3ª ed., New York, 2000).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, 2004).
- CRUZ VILAÇA, José Luís da, *The Precautionary Principle in EC Law*, en *European Public Law* (2004).
- DAGAN, Hanoach, *Qualitative Judgments and Social Criticism in Private Law: A Comment on Professor Keating*, en *Theoretical Inquiries Law* 4 (2003).
- DENTI, Vittorio, *La giustizia civile* (Bologna, 1987).
- DE SADELEER, Nicolas, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle*, en *Cahiers de droit européen* 35 (2001).
- DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti* (Milano, 1993).

- DI MAJO, Adolfo, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Napoli, 1989).
- FAIGMAN, David - KAYE, David - SAKS, Michael - SANDERS, Joseph, *Modern Scientific Evidence. The Law and Science of Expert Testimony* (2^a ed., Minn., 2002).
- FAIGMAN, David, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law* (New York, 1999).
- FERRONI, Lanfranco, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, en EL MISMO, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Napoli, 1989).
- FISS, Owen M., *The Civil Rights Injunction* (Indiana, 1978).
- FIX ZAMUDIO, Héctor - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El Derecho de Amparo en el Mundo* (México, 2006).
- FLETCHER, George P., *Fairness and Utility in Tort Theory*, en *Harv. L. Rev.* 85 (1972).
- FLETCHER, William A., *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial legitimacy*, en *The Yale Law Journal* 91 (marzo de 1982) 4.
- FRANZONE, Danielle, *Commission Européenne, DG Environnement, "Discours au cours de International Conference: Risks analysis and its role in the European Union"* (Bruxelles, 2000).
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El amparo como vía de prevención del daño*, L.L. 2.000-F.
- GROPPI, Tania, *¿Hacia una justicia constitucional ductile?*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVI, n. 107 (2003).
- GUILLOT, Charles, *Essai de définition juridique du principe de précaution*, en *Approche juridico-economique du principe de précaution* (Centre d'analyse et de recherche en économie, Université de Rouen, Rouen, 2003).
- HO, Moon-Hyuck, *Zum Anspruchsbegriff der Feststellungsklage* (Pfaffenweiler, 1987).
- JOSSELIN, Jean-Michel - MARCIANO, Alain, *The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation*, en *J.L. & Econ* (2002).
- KEATING, Gregory C., *Pressing Precaution Beyond the Point of Cost-Justification* (USC Law School, Research Paper Public Policy Research Paper N° 02-2, 2002).
- KEATING, Gregory C., *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, en *Stanford Law Review* 48 (1996).
- KOENIG, Thomas, *The shadow effect of punitive damages in settlements*, en *Wisconsin Law Review* (1998).
- KÖHLER, Helmut, *Die wettbewerbsrechtlichen Abwehrensprüche (Unterlassung, Beseitigung, Widerruf)*, en *NJW*. (1992).
- KOLLMANN, Andreas, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht* (Berlin, 1996).
- KOURILSKY, Pierre - Viney G., *Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre* (Paris, 2000).
- KOURILSKY, Pierre, *Du bon usage du principe de précaution* (Paris, 2002).
- LANDINI, Sara, *Causalità giuridica e favor veritatis*, en *Rivista di Diritto civile* (2003).
- LANNOME, Paul, *L'Union européenne et le principe de précaution*, en ZACCAI, Edwin - MISSA, Jean (coord.), *Le principe de précaution: significations et conséquences* (Bruxelles, 2000).
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do direito privado* (San Pablo, 1998).
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *La tutela civil inhibitoria*, en *La Ley* 95-C-1217.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos* (San Pablo, 2004).

- MARINONI, Luiz Guilherme - ARENHART, Sérgio Cruz, *Comentarios ao Código de Processo Civil* (San Pablo, 2000), V, 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos directos* (San Pablo, 2004).
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória* (3ª ed., San Pablo, 2003).
- MARTIN, Joanne, *Myth and reality in punitive damages*, en *Minn. L.R.* 75 (1990).
- MAZZAMUTO, Salvatore, *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli, 1978).
- MITTAG, Mathias, *Der Unterlassungsanspruch gegen Mediendarstellungen im einstweiligen Rechtsschutz* (Hamburg, 2006).
- MOLINARI VALDÉS, Aldo, *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil* (Santiago, 2004).
- MOLLER, Erik - PACE, Nicholas M. - CARROLL, Stephen J., *Punitive Damages in financial injury jury verdicts. Executive Summary* (California, 1997).
- MONROY PALACIOS, Juan José, *La tutela procesal de derechos* (Lima, 2004).
- NEUFANG, Paul, *Erfüllungszwang als "remedy" bei Nichterfüllung* (Baden-Baden, 1998).
- NICOLAU, Noemí, *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, en *La Ley* 1996-A, 1245.
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael, *Tutela constitucional, preventiva y anticipativa* (Caracas, 2001).
- PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva* (Buenos Aires, 2004).
- PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva*, en *Revista de Direito Processual Civil-Genesis* 29 (2003).
- PIETROBON, Vittorino, *Illecito e fatto illecito-Inibitoria e risarcimento* (Padova, 1998).
- POSITANO, Giuseppe, *La tutela del danno alla persona. Aspetti giuridici, medico legali e assicurativi* (Padova, 2001).
- POSNER, Richard, *Rational choice, behavioral economics and the law*, en *Stanford Law Review* 50 (1998).
- PROTO PISANI, Andréa, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela* (Roma, 1990).
- PROTO PISANI, Andréa, *Lezioni di diritto processuale civile* (Napoli, 1994).
- PROTO PISANI, Andréa, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, en *Rivista di Diritto Processuale* (1979).
- PRÜGEL, Sebastian, *Das Vorsorgeprinzip im europäischen Umweltrecht* (Osnabrück, 2005).
- RAPISARDA, Cristina, *Profili della tutela civile inhibitoria* (Padova, 1987).
- RAZNOVICH, Leonardo, *Los principios generales del derecho probatorio y el proceso civil*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* 9 (2006).
- RODRÍGUEZ, José Julio Fernández, *La inconstitucionalidad por omisión (Teoría general. Derecho comparado. El caso español)* (Madrid, 1998).
- ROMERO Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, 2006).
- SATTA, Salvatore, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1964).
- SATTA, Salvatore, *Diritto processuale civile* (Padova, 1987), I.
- SCHAPIRO, Robert A. *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction* *The Yale Law Journal* 99 (Octubre de 1989) 1.
- SCHAUMBURG, Ellen B., *Die neue Verbandsklage - Zum erweiterten Verbraucherschutz*

- durch die Umsetzung der Unterlassungsklagenrichtlinie und das neue Unterlassungsklagengesetz*, en DB. (2002).
- SCHUMANN, Ekkehard, *Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes*, en *Homenaje a Larenz* (München, 1983).
- SCHWARTZ, Gary T., *Reality in the economic analysis of torts law: Does tort law deter?* en *U.C.L.A. Law Review* 42 (1994).
- SEYFERT, Christian, *Mass Toxic Torts: Zum Problem der kausalen Unaufklärbarkeit toxischer Massenschäden* (Berlin, 2004).
- SILVA, Ovidio Baptista da., *Processo e ideologia* (Rio de Janeiro, 2004).
- SILVA, Ovidio Baptista da, *A ação condenatória como categoria processual*, EL MISMO, *Da sentença liminar à nulidade da sentença* (Rio de Janeiro, 2001).
- SILVA, Virgílio Afonso da, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares* (San Pablo, 2005).
- SPECTOR, Horacio, *Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective*, en *Duke Law Review* (2004).
- SPECTOR, Horacio, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, en *Law and Philosophy* 22 (2003).
- SPOLIDORO, Marco Saviero, *La misura di prevenzione nel diritto industriale* (Milano, 1982).
- STÜRNER, Rolf, *Einstweiliger Rechtsschutz*, en STORME, Marcel (coord.), *Procedural Law in Europe* (Apeldoorn, 2004).
- TALLON, Denis, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2 (1994).
- TARUFFO, Michele, *Rethinking the Standards of Proof*, en *Am.J.Comp.L.* 51 (2003).
- TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali* (Milano, 1992).
- TARUFFO, Michele, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi* (Bologna, 1980).
- TARUFFO, Michele, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, en *Rivista Critica del Diritto Privato* (1986).
- VICK, Douglas, *Statistical Significance and the Significance of Statistics*, en *Law Quarterly Review* 116 (2000).
- THIBERGE, Catherine, *Avenir de la responsabilité, Responsabilité de l'avenir par*, en *Recueil Dalloz* 9 (2004).
- WATSON, Alan, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law* (Cambridge, 1993).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale* (Bologna, 1988).