

Título: Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño

Autor: Tawil, Guido Santiago

Publicado en: LA LEY 21/10/2015, 21/10/2015, 1 - LA LEY2015-F, 482

Cita Online: AR/DOC/3280/2015

En la medida en que el deber de prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados—, se debe concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado, sus entes y funcionarios.

Un importante sector de la doctrina especializada ha recibido con preocupación la sanción de la ley 26.944 de responsabilidad estatal por considerar que, al amparo de una discusión técnica de larga data como aquella vinculada a la pertinencia de que ciertas materias sean objeto de regulación por el derecho local o por el derecho común [en el caso el Código Civil y Comercial (CCyC)] [\(1\)](#), el referido régimen ha introducido limitaciones indebidas al reconocimiento de la responsabilidad estatal.

Entre las soluciones impuestas por la ley 26.944 que mayores reservas nos genera cabe señalar, entre otras:

(i) el hecho de que para considerar presente una falta de servicio en el caso de actividad e inactividad ilegítima se requiera verificar "la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" [(artículo 3° inciso d de la Ley de Responsabilidad de Estado (LRE)]. Como consecuencia de ello, los daños producidos por actuaciones u omisiones que no resulten consecuencia de una conducta atribuida específicamente como un deber de obrar no serían objeto de reparación a pesar de resultar en muchos casos evidente la responsabilidad estatal, tal como si se tratara de un delito penal que requiere tipificación previa [\(2\)](#);

(ii) las limitaciones que impone al reconocimiento del daño moral y de otras consecuencias no patrimoniales —a diferencia de lo que acontece en el artículo 1741 del CCyC— al establecerse que tanto en el supuesto de responsabilidad por actividad ilegítima como legítima el daño debe ser mensurable en dinero (artículos 3° inciso a y 4° inciso a de la LRE);

(iii) la restricción a la reparación del daño cierto e inminente (al limitar su reconocimiento únicamente al daño cierto y actual) en el caso de la responsabilidad por actividad legítima (artículo 4° inciso a de la LRE);

(iv) la limitación general a la reparación del lucro cesante en la responsabilidad por actividad legítima, apartándose de los criterios modernos de reparación tanto en el derecho comparado como en materia de responsabilidad internacional de los Estados [\(3\)](#) que propugnan mayoritariamente la restauración a la condición original (restitutio in integrum) y cuando ello no es posible la reparación plena (como bien recoge el artículo 1740 del CCC);

(v) el desconocimiento de la responsabilidad del Estado en los supuestos de actividad judicial lícita (artículo 5° de la LRE), como si en su actuación judicial el Estado no pudiera causar daño que deba ser reparado cuando quien lo recibe no tiene el deber jurídico de soportarlo sea en supuestos de responsabilidad in iudicando o in procedendo [\(4\)](#);

(vi) la limitación de responsabilidad, aun subsidiaria, por los perjuicios causados por concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (Artículo 6 de la LRE), limitando responsabilidades que le son propias en supuestos claros de responsabilidad subsidiaria, como acontece con la culpa in vigilando [\(5\)](#);

(vii) la exclusión genérica del Código Civil (hoy el CCC) a la responsabilidad estatal de manera directa o subsidiaria (artículo 1 de la LRE), ampliando la limitación introducida en el art del art. 1764 del CCC al Título V, Capítulo I en materia de responsabilidad civil y dando lugar a vacíos interpretativos relevantes en la construcción de las conductas relacionadas y normas aplicables al acto generador de la responsabilidad estatal, tanto de origen contractual como extracontractual;

(viii) la ausencia de toda previsión de supuestos típicos de responsabilidad como los vinculados con la responsabilidad por el riesgo y vicio de las cosas (art. 1757 del CCC) que, sumada a la exclusión mencionada en (vii) y otras construcciones podría tener por efecto una limitación indebida de la responsabilidad estatal en este ámbito; y

(ix) la remisión en materia de responsabilidad contractual del Estado a normas específicas que no siempre existen o a la aplicación supletoria de la ley (artículo 10 de la LRE) en materias que ella no trata, obligando a los especialistas a preguntarse qué normas se aplican en esos supuestos, especialmente cuando el origen constitucional directo de la responsabilidad estatal solo fija un marco general y la interpretación supletoria o

análoga puede no siempre resultar suficiente [\(6\)](#).

La preocupación generada por la sanción de la LRE se ha visto agravada por el divorcio que expresan los dos cuerpos normativos en examen, sancionados —a pesar de sus fuentes y visiones opuestas— por la misma legislatura y prácticamente en forma simultánea. Mientras que el nuevo Código expresa una visión más moderna de la responsabilidad, unificando las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil y los criterios aplicables a ella (en materia de acción, antijuridicidad, daño, relación causal, criterio legal de imputación, prescripción, extensión del resarcimiento, etc), la ley 26.944 ha optado por una dirección claramente diferente.

Entre las múltiples innovaciones que introduce el CCyC se encuentra la consagración legislativa del deber de prevención del daño —reconocido ya anteriormente por la doctrina y jurisprudencia— en los artículos 1710 a 1715 del nuevo ordenamiento. De ese modo, a la función resarcitoria (ex post) de la responsabilidad estatal, el legislador ha sumado con acierto el reconocimiento expreso de su función preventiva (ex ante), expresado en tres deberes exigibles a "toda persona" como son los de (a) evitar causar un daño no justificado; (b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuya su magnitud y (c) no agravar el daño, si él ya se produjo.

En tanto la ley 26.944 nada dice respecto a este deber de prevención, cabe preguntarse si semejante deber es exigible respecto al Estado y, en consecuencia, si los particulares cuentan con la posibilidad de hacer uso de la acción preventiva prevista en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial contra el Estado, sus entes descentralizados y funcionarios.

No resultaría difícil ensayar rápidamente una respuesta negativa en la medida en que el artículo 1 de la ley 26.944 establece que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"; el artículo 1764 del Código Civil y Comercial —introducido por el Ministerio de Justicia apartándose del criterio sentado en el Anteproyecto— señala que "las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" y tanto el deber de prevención del daño contemplado en el artículo 1710 como la acción preventiva resultante a la que se refiere el artículo 1711 se encuentran en el Código y Capítulo excluidos.

Entendemos, sin embargo, que varias razones permiten sostener la posición contraria, es decir, que el deber de prevención del daño resulta también exigible frente al Estado, sus entes descentralizados y funcionarios.

En primer lugar, pues como señaló la Corte en el conocido caso "Gunther" [\(7\)](#), la obligación de abstenerse de ejercer conductas prohibidas por las leyes y causar daños injustos e innecesarios —traducida en el principio del alterum non laedere— tiene raíz constitucional y se proyecta también frente al Estado, en tanto expresa un principio general del derecho común a todas las disciplinas jurídicas.

Segundo, toda vez que ante la ausencia de toda previsión en la ley 26.944 —centrada en el deber de reparación— respecto al deber de prevención y la consecuente obligación de mitigación y la aparente contraposición entre lo dispuesto en los artículos 1 de la LRE y 1764 del CCyC antes citados y la extensión otorgada en el artículo 1710 del CCyC en relación con quienes se encuentran sujetos al deber de prevención del daño ("toda persona") [\(8\)](#), se impone la necesidad de interpretar ambos conceptos de modo armónico, en concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías constitucionales [\(9\)](#). Más aun cuando, como se ha explicado en sede legislativa, la limitación a la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del CCC no importa negar su aplicación analógica [\(10\)](#).

En consecuencia, en la medida en que el deber de prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho [\(11\)](#) como en materia de responsabilidad internacional de los Estados [\(12\)](#)— debemos concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado, sus entes y funcionarios.

Ese reconocimiento genera inmediatamente nuevos interrogantes. ¿Cómo debe materializarse? ¿Ante quién? ¿Podría efectuarse la petición directamente en sede judicial o debe intentarse primero en sede administrativa? ¿Sería aplicable únicamente ante un acción u omisión ilícita —como parece indicarlo el art— 1711 del CCC [\(13\)](#) — o también ante una acción u omisión lícita? ¿Bastaría la legitimación a que se refiere el art. 1712 del CCC ("acreditar un interés razonable en la prevención del daño") o sería exigible una legitimación diferente? ¿Quién sería el juez competente? ¿Tendría el juez las facultades previstas en el art. 1713 [\(14\)](#) o tendría él alguna limitación en función de los intereses en juego?

Si bien no es posible dar respuesta hoy a todos esos interrogantes, si podemos intentar una primera aproximación.

A falta de otra regulación en la materia (15), un particular bien podría promover una acción de prevención/mitigación con base en las previsiones constitucionales y los arts. 1710 y ss del CCC, con el objeto de que no se produzca un daño, su continuación o agravamiento. Podría hacerlo como acción autónoma en base a esas normas o bajo la forma de una acción de amparo (16).

Aún cuando el nuevo Código contempla en principio su procedencia únicamente en los supuestos de obrar u omisión ilegítimos (17), el reconocimiento que la responsabilidad estatal en el campo de la actividad lícita ha tenido desde antaño en nuestro país, la estrecha vinculación de ese instituto con el deber de prevención y mitigación del daño y el reconocimiento que de ambos institutos ha efectuado nuestra jurisprudencia en base a disposiciones constitucionales, aconseja reconocer el derecho a accionar con sustento en el deber de prevención y mitigación tanto en el ámbito de la actuación u omisión lícitos como ilícitos en la medida en que se persiga evitar o mitigar un daño no justificado o que el particular no se encuentre obligado a soportar.

Si bien parece razonable que el particular acuda previamente ante la Administración, nada obsta a que se presente directamente en sede judicial si las circunstancias del caso así lo imponen. La solicitud previa a la Administración —en caso de que ello resulte materialmente posible sin que dé lugar a que el daño a prevenir se produzca o agrave— encuentra mayor justificación en una razón de eficacia (en la medida en que la Administración pueda y esté interesada en evitar el daño) que en un problema de agotamiento o habilitación de la instancia. Si la naturaleza del daño a prevenir o mitigar o la falta de respuesta útil no lo permiten o aconsejan, el particular debería poder acceder sin más al auxilio judicial (18).

El juez competente sería a nuestro entender aquel llamado a conocer eventualmente en la acción de reparación por lo que dependerá en definitiva de la naturaleza de la responsabilidad en juego y las normas de preponderante aplicación al caso (derecho administrativo o civil y comercial). En la medida en que la prevención solicitada se caracterizará en la mayor parte de los supuestos por su urgencia, las medidas preventivas que el caso requiera deberían poder ser dictadas aún por un juez incompetente. Sin embargo, si la medida es solicitada por vía cautelar —no como acción ordinaria ó autónoma— contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados el particular deberá superar las restricciones introducidas recientemente —en línea con la LRE— por la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado (19).

Las cuestiones vinculadas con la legitimación exigible y los poderes del juez son probablemente aquellos de respuesta más compleja. Si bien es cierto que la fórmula del art. 1712 del CCC aparece en principio como muy amplia (20), ello dependerá de la naturaleza del interés en juego y del daño que se persiga evitar en el caso concreto. Lo mismo ocurrirá con los poderes de los que dispondrá el juez (21).

No puede dejar de observarse que la acción preventiva en cuestión así como las pautas básicas que regulan su ejercicio y los poderes del juez al respecto han sido incorporadas a la legislación de fondo (el CCC) y no a un ordenamiento procesal. Podrá o no compartirse ese encuadramiento pero él denota la particular importancia que el legislador ha atribuido a la acción en cuestión en la prevención del daño y responsabilidad consiguiente.

Esa visión —expresada ya hace tiempo por nuestro alto tribunal en casos como "Gunther" o "Santa Coloma", propios justamente de la responsabilidad estatal— es la que debería primar en la construcción de este instituto, sea que ella sea efectuada por la jurisprudencia o el legislador (22).

Tenemos la convicción personal de que la asimetría que evidencian en la actualidad los dos cuerpos normativos recientemente sancionados —el Código Civil y Comercial y la ley n° 26.944— no perdurará en el tiempo. Mientras que los civilistas reciben en materia de responsabilidad con algarabía su nuevo ordenamiento, los publicistas no muestran similar entusiasmo y magistrados llamados a pronunciarse en algún momento respecto a la constitucionalidad de sus previsiones ya comienzan a expresar en doctrina el reparo que muchas de ellas les merecen.

La doctrina argentina ha evolucionado notablemente desde que —a partir de las enseñanzas de Bullrich y Bielsa— nuestra universidad abandonara el método exegético y diera sus primeros pasos hacia lo que constituye el derecho administrativo moderno, en el que la responsabilidad estatal ha constituido invariablemente uno de los objetos centrales de estudio. No menos relevante ha sido el avance de nuestra jurisprudencia desde que se aceptara en "Devoto" (23) la responsabilidad aquiliana del Estado por sus actos iure imperii.

Sea porque las nuevas autoridades reintroduzcan en una próxima reforma del Código Civil y Comercial —necesaria ante ciertas inconsistencias y omisiones en materias diversas— las previsiones del anteproyecto eliminadas en materia de responsabilidad estatal; porque la ley 26.944 sea derogada; porque ella no sume una adhesión generalizada en el ámbito provincial o porque los propios jueces vayan superando sus limitaciones al declarar la inconstitucionalidad de varias de sus previsiones o la interpreten de modo tal de eludir sus consecuencias negativas, probablemente no nos equivoquemos al aventurar que de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I

del Código Civil y Comercial del que la ley 26.944 ha intentado apartarlo.

El principal problema no será, en ese caso, lo que ocurra de acá a dos o más décadas sino el daño que deberán soportar innecesariamente quienes sufran sus consecuencias hasta que se consolide esa nueva jurisprudencia. En ese momento, miraremos hacia atrás y lamentaremos los daños que en ese proceso se han causado a quienes solicitaron reparaciones lógicas y se han visto impedidos de acceder a ellas por limitaciones como las señaladas.

El referido proceso llevará cierto tiempo pero ello no impide que comencemos a examinar en forma crítica el panorama actual y, en esa transición, adaptemos el régimen establecido por la ley 26.944 a la nueva realidad. En ese camino, el reconocimiento del deber de prevención del daño y la acción a ejercer frente al Estado, sus entes y funcionarios probablemente constituya uno de los primeros ejemplos de esa inevitable confluencia.

(1) Ver al respecto, IBARLUCÍA, Emilio, A, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial", L.L. del 7/7/2014 y GAMBIER, Beltrán y PERRINO, Pablo, "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?, JA 1996-IV-798, entre muchos otros.

(2) En este aspecto la norma parece haber extendido ciertas restricciones impuestas por la jurisprudencia en los supuestos excepcionales de omisiones en la obligación de prestar seguridad a la generalidad de los casos, lo que podría dar lugar a situaciones preocupantes. Como es sabido, nuestra Corte ha mostrado una visión crecientemente restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones antijurídicas en casos vinculados con el deber de seguridad en los conocidos casos Zacarías (Fallos: 321:1125), "Mosca" (Fallos: 330:556) y la muy polémica decisión en "Carballo de Pochat " del 8/10/2013 —en la que rechazó la responsabilidad estatal por no haber solicitado la víctima una custodia policial "que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente— distinguiendo entre (a) las omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (en los que podría identificarse una clara falta del servicio) y (b) las omisiones en los casos en que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, al considerar que en los supuestos de existencia de un deber genérico la mirada debe ser "motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar". Deducir de esos precedentes —asentados muy probablemente en la asunción de que las políticas y recursos del Estado no son suficientes para soportar el número de hechos delictivos y los reclamos que en ellos se fundan— para sostener que para responsabilizar al Estado debe existir siempre "un deber normativo de actuación expreso y determinado" nos parece exagerado. Si bien en el Estado de Derecho la competencia debe ser conferida por mandato legal (y nunca como consecuencia de una laguna o vacío normativo), la competencia puede ser (y es con frecuencia) también atribuida (y su ejercicio será obligatorio) a través de marcos generales de referencia o normas generales de atribución. Basta recordar al respecto las doctrinas de la especialidad, de la permisión amplia, de la permisión implícita ó inclusive la atribución de competencias generales. Como ejemplo, la ley 24.065 atribuye al ENRE la competencia residual de "en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación". Dependiendo de las circunstancias del caso no puede descartarse a priori que el cumplimiento defectuoso o inclusive la omisión en el cumplimiento de cargas derivadas de competencias generales puedan generar responsabilidad. El criterio de apreciación puede no ser el mismo pero negar de plano la posibilidad de responsabilizar como lo hace la norma introduce un requisito adicional al reconocimiento de la responsabilidad estatal como el de tipificación de la conducta debida que carece de todo sustento constitucional. Similar previsión incorpora el art. 14 de la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado al establecer que "Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada;..."

(3) En función de ello y en la medida en que la responsabilidad estatal tiene raigambre constitucional directa en los artículos 14, 16, 17, 19, 28, 29, 33 y 116 de la CN, la restricción a la reparación plena sólo encontraría justificación en supuestos excepcionales como podría acontecer en el caso del instituto expropiatorio previsto en el artículo 17 de la CN.

(4) Típico supuesto de daño que debería ser resarcido es aquel causado como consecuencia de una diligencia judicial. Por ejemplo, el daño producido a terceros por la rotura de una puerta en un allanamiento judicial, daños a inmuebles vecinos como consecuencia de obras ordenadas judicialmente, etc. La actividad judicial es lícita pero al proyectarse frente a terceros no obligados a soportar el daño, él debería ser resarcido.

(5) En este aspecto, aún cuando adhiere en lo demás a la ley 26.944, la ley 3396 de la provincia de Santa Cruz (B.O. del 27/11/2014) se aparta de la norma nacional al establecer en su art. 2° que "El Estado Provincial

será responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio".

(6) Ver, al respecto, MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED del 26 de noviembre de 2014.

(7) Fallos: 308:1118, considerando 14 ("... la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, solo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa...". En el mismo sentido, Fallos: 308:1160, considerando 7°, entre otros. Si bien la Corte refiere en relación al principio del alterum non laedere al artículo 19 de la CN, también avalan su reconocimiento —en nuestra opinión— los artículos 17, 28 e, inclusive, 29 de la CN y las previsiones concordantes de diversos tratados internacionales.

(8) Extensión análoga a la realizada por la Corte en Gunther al referirse a los "hombres".

(9) Fallos: 296:22, entre otros.

(10) Ver, así, la exposición del representante del Ministerio de Justicia en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 17 de junio de 2014, versión taquigráfica, pág. 3 ("... la responsabilidad del Estado se va a regir básicamente por esta ley y (que) no serán aplicables de manera directa ni subsidiaria las normas del Código Civil. Pero eso no significa que no sea aplicable el Código Civil en supuestos en que se requiera justamente una aplicación analógica, es decir, frente a un ordenamiento normativo lagunoso. Cuando surjan algunas cuestiones que no están previstas en la ley, habrá que remitir al Código Civil y se aplicará analógicamente". En ese entendimiento, habiendo sido reemplazado el Código Civil por el nuevo Código Civil y Comercial, resulta razonable concluir que el deber de prevención del daño previsto en este último y ausente en la ley 26.944 resulta de aplicación, cuando menos, en forma analógica.

(11) Ver, así, los expuesto por la Corte en la causa "Santa Coloma" (Fallos: 308:1160, considerando 7°), ("...al renunciar en forma apriorística a mitigar de alguna manera —por imperfecta que sea— el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19, de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna").

(12) Respecto a la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente erróneos, ver Crawford, James, "The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries", Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

(13) Art. 1711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(14) Art. 1713. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

(15) Que sólo sería válida en la medida en que regule razonablemente su ejercicio, no que lo impida.

(16) Según las circunstancias del caso, el particular podría también exigir su cumplimiento por vía incidental en un proceso ya en curso o como medida cautelar autónoma a un proceso a iniciarse. En el caso del amparo, los principales inconvenientes que enfrentaría el requirente estarán vinculados a la exigüidad de los plazos y los efectos de la apelación que interponga el Estado. Si bien la medida cautelar aparece en teoría como una vía apta, ella podría exponer al particular a diversas dificultades, como se explica en la nota 19.

(17) En la medida en que el reconocimiento de la responsabilidad por obrar u omisión lícitas es en general extraño al derecho privado y a la regulación del CCC.

(18) Más aún, si el juez considerara que esa urgencia no se verifica debería, en lugar de rechazar la acción por falta de agotamiento, dar intervención a la Administración en el propio expediente judicial y dejar latente su



tramitación a la espera de verificar que acciones adoptó el Estado como consecuencia de esa petición. De no observarse una actuación administrativa material y temporalmente útil el juez podría en cualquier momento intervenir y adoptar las medidas pertinentes en función del deber de prevención alegado. Si el particular intenta la prevención o mitigación por vía cautelar debe tener en cuenta la limitación introducida en el art. 13 inc. 2 de la ley 26.854 a la que hacemos referencia en la nota siguiente y solicitar eventualmente la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

(19) En efecto, la 26.854 introduce limitaciones relevantes a la prevención o mitigación si se pretende llevarla adelante mediante una medida cautelar. Así y en una tónica similar a la LRE, la LMCE establece (i) la ineficacia de la medida dictada por juez incompetente, salvo que se trate de determinados sectores vulnerables o derechos (art. 2); (ii) que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (art. 9); (iii) el efecto suspensivo de la apelación si la medida requiere la suspensión de los efectos de un acto o reglamento, salvo que se trate de los sectores o derechos antes mencionados (art. 13, inc. 3); (iv) que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida (art. 13, inc. 2); (v) que se acredite la "Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada" (con idéntico lenguaje que el art. 3, inc. d) de la LRE), y "perjuicios graves de imposible reparación ulterior" para el caso de medidas positivas (art. 14); y (vi) si la medida es de no innovar, también debe acreditarse que la actividad material cuya abstención se pretende ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior (art. 15).

(20) Art. 1712. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

(21) Si bien ello dependerá de su recepción y evolución jurisprudencial, es muy probable que sobre la base de este instituto se promuevan amparos colectivos en ámbitos donde la acción de prevención o mitigación del daño cuentan con un campo de desarrollo relevante como son los ambientales, de salubridad, de seguridad o de consumo. La prudencia con que se invoque y aplique este instituto en ámbitos como los mencionados será crucial en su desarrollo y éxito en el mediano y largo plazo.

(22) Más allá de los conocidos argumentos en favor de la certeza, previsibilidad y seguridad jurídica, lo cierto es que la experiencia en la regulación de instituciones esculpidas originalmente por la jurisprudencia no ha sido en general positiva. Basta advertir lo ocurrido con la ley 16.986 en materia de amparo o por la ley 26.944 en materia de responsabilidad del Estado. En ambos casos, bajo pretexto de reglamentar su ejercicio se ha intentado claramente limitar el alcance de tales institutos.

(23) Fallos: 160:11.