



Capítulo 3

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

PRECAUCIÓN Y OBLIGACIÓN

Enrico del Prato
Universidad Roma Tre

1. Aparentemente la noción de precaución nos conduce a los confines de la teoría de la obligación. En efecto, en el vocabulario jurídico esta última posee un significado que coincide con la relación obligacional, la cual expresa —a su vez— el vínculo entre acreedor y deudor. Por el contrario, la precaución se ha convertido en objeto de estudio de la ciencia jurídica desde hace poco más de una década y, esencialmente, desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, si dirigiéramos la mirada más allá del ilícito aquiliano y consideráramos la precaución como deber específico, podríamos colocarnos en una perspectiva útil para medir adecuadamente su ámbito e importancia: frecuentemente se puede constatar que los territorios limítrofes —aquellos en los que abundan precisamente los «casos límite»— suelen proporcionar el banco de pruebas idóneo para testear las reconstrucciones teóricas.

Este será, pues, el ámbito de mi reflexión, a la cual analizaré desde los siguientes ángulos: el contenido del deber, la relación con la prestación, la presencia o la ausencia de un acreedor y la diferencias que se derivan de estos hechos, la autonomía de la precaución y las tutelas; y la relevancia de la precaución en cuanto a la responsabilidad.

2. El núcleo de la relación obligacional se encuentra en la prestación del deudor, la cual debe ser «susceptible de valoración económica» (artículo 1174 del Código Civil italiano —en lo sucesivo las referencias normativas sin ulteriores aclaraciones deben entenderse como provenientes de este Código—). A veces la prestación tiene un contenido peculiar, como sucede, por ejemplo, con las garantías. En estos supuestos la prestación tiene como contenido la tutela

de un interés ajeno: se trata precisamente de garantizar la realización de tal interés o de resarcir los eventuales daños.

De igual forma, la prestación —considerada en sí misma— no es patrimonialmente apreciable: el vocabulario normativo emplea en estos supuestos el término *dovere* en lugar de *obbligo* u *obbligazione*¹. Desde este punto de vista, el ámbito emblemático está constituido por los deberes inherentes a las relaciones familiares. Los «derechos y deberes recíprocos de los cónyuges» (artículo 143), aun siendo exigibles al punto de sancionarse penalmente su violación (artículo 570 del Código Penal italiano), difícilmente se adaptan —precisamente en virtud de su tensión hacia intereses no patrimoniales— a los remedios previstos contra el incumplimiento. Sin embargo, a pesar de esta inadaptabilidad, el régimen de la obligación «blinda» los derechos alimentarios: una vez liquidados judicialmente en una suma de dinero, el cobro de tal suma por parte del acreedor —cónyuge, hijo— se realizará mediante los instrumentos ejecutivos pertinentes.

Avanzando aún más, incluso en el seno de una relación obligacional se pueden descubrir deberes que en sí mismos no se hallan determinados patrimonialmente. Por ejemplo, en el deber de lealtad (en italiano, *correttezza*, artículo 1175) y en el de buena fe, que penetra en general toda la fenomenología del contrato (artículos 1337, 1358, 1366 y 1375). Como es sabido, *buena fe* y *lealtad* no tienen contenidos diversos; por tanto, la duplicación de normas que imponen su observación encuentra sentido en la necesidad de garantizar su respeto en todas las relaciones obligacionales —incluso en las que no tienen origen contractual— y en todos los contratos —incluso en los que se refieren a aspectos que no constituyen relaciones obligacionales, como sucede precisamente con la eficacia traslativa de los contratos (artículo 1376: contratos con efectos reales)—. Se trata de deberes cuyos contenidos se configuran para salvaguardar el interés de la contraparte en cuanto no afectan un interés propio jurídicamente apreciable. Así, como no constituyen prestaciones ni comportamientos predeterminados, escapan del ámbito característico de la obligación.

Y estos problemas ocurren, igualmente, en los llamados *deberes de protección* (de conducta o instrumentales). Luego, para poder colocarlos en el ámbito de la obligación, se ha ideado la figura de *la obligación sin prestación*, lo cual responde precisamente a la exigencia de tomar del régimen del incumplimiento de la obligación las reglas aplicables a tales figuras: en particular, para resolver el problema de la identificación de los remedios y su régimen. En efecto, la violación de *los deberes de protección* se coloca fuera del ámbito del incumplimiento de una obligación,

¹ El léxico italiano ofrece tres términos *dovere*, *obbligo* y *obbligazione*, mientras que el castellano dispone solamente de dos términos, a saber, *deber* y *obligación* (nota del traductor).

encontrándose, precisamente por ello, en la zona limítrofe que separa la designada *responsabilidad contractual* —expresión tradicional que reduce inadecuadamente el verdadero alcance del ámbito de tal responsabilidad, en cuanto pretende aludir a la más amplia responsabilidad por incumplimiento— de la aquiliana.

En definitiva, la atracción de los supuestos de violación de los deberes instrumentales al interés de la contraparte, dentro del ámbito del incumplimiento de la obligación, ha conducido a que se atribuya al contenido de la obligación, así como a que se le otorgue a los remedios contra el incumplimiento una dimensión que excede la noción de prestación, proveniente de la tradición de derecho romano y que surge del tenor del artículo 1174.

Seguidamente, el sentido de esta atracción se halla en la exigencia de identificar el régimen de responsabilidad, es decir, la individualización de la disciplina que establece las consecuencias jurídicas que derivan de la violación de tales deberes. Si bien la línea que divide ambas órbitas de responsabilidad (incumplimiento obligacional y aquiliana) experimenta una progresiva atenuación, permanecen, sin embargo, sectores en los cuales el origen incide realmente sobre el régimen de responsabilidad. A saber: términos de prescripción liberatoria (artículos 2946 y 2947) y extensión de la carga probatoria que recae sobre el dañado, la cual —en el caso de responsabilidad por incumplimiento— se limita al título de la obligación (dejando de lado, obviamente, la prueba del daño, la cual grava al afectado indistintamente en ambas esferas de responsabilidad).

3. Corresponde ahora colocar a la *precaución* en el elenco de los deberes jurídicos, individualizando su contenido. La *precaución* se describe como principio y ha sido perfectamente así explicitado en materia de protección del ambiente por la Declaración de Río de 1992. Y lo mismo sucede en Europa pues, en materia ambiental, siempre ha contado con una recepción normativa (artículo 191 del Tratado de la Unión Europea y artículo 174 del anterior Tratado de la Comunidad Europea: «[l]a política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado» y «[s]e basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga» (una análoga graduación de las tutelas se encuentra también en el texto de la ley china sobre la responsabilidad civil, del 26 de diciembre de 2009).

Sin embargo, esta regla de la Unión Europea no representa un dato normativo significativo. Efectivamente, tal disposición —siguiendo el modelo de las cláusulas generales— menciona la cautela (en italiano, *precauzione*) sin definirla: por lo demás, sería arduo, y probablemente limitativo, encerrar la relación precaución/

cautela dentro de un esquema circunscripto. Además, resulta significativo el orden de las tutelas, a saber: la precaución/cautela, la prevención y, finalmente, el resarcimiento.

Analicémoslas pues, empezando por la última. El resarcimiento presupone el daño; la prevención afronta un riesgo cierto para evitar ese daño, y la precaución, en cambio, opera cuando no existe certeza del riesgo. Y es precisamente por esto que la precaución se erige como regla de conducta en un contexto de «incerteza científica»; es, por tanto, un criterio creativo de reglas concretas de acción que atraviesa la dinámica jurídica en todas sus articulaciones sectoriales. Podemos, por ello, decir que, por su potencialidad intrínseca, va más allá de las normas sobre protección del ambiente: en efecto, tales normas aluden a la precaución, pero solo tienen un valor declarativo, es decir, de mero reconocimiento de un principio que cuenta con una amplitud mayor.

De hecho, frecuentemente se encuentran disposiciones —a veces secundarias— que establecen algunas cautelas para proteger determinados intereses: el ambiente, el sector agroalimentario y, en general, la salud, sin que —obviamente— esta última constituya su ámbito exclusivo. Tales normas, aun cuando no lo hagan manifiesto, explicitan el contenido del principio de precaución: imponen la observación de reglas técnicas que le otorgan licitud a dichas actividades. Pero, como veremos más adelante, cuando se trata de proteger bienes primarios como la salud, este examen constituye el nivel mínimo de tutela. No obstante, este hecho no excluye el deber de concretar precauciones más intensas en razón de los específicos conocimientos técnicos de quien ejercita la actividad.

Así, la verdadera dimensión del principio no se limita a las reglas que lo contemplan. Esto conduce, en el ámbito del derecho público, a que se flexibilice el principio de legalidad, mientras que en la dimensión del derecho privado, a que se individualicen reglas de diligencia específicamente plasmadas en el tipo actividad concretamente ejercida y en los conocimientos técnicos subjetivos.

Ahora bien, los numerosos trabajos que la doctrina ha realizado sobre la precaución abordan el tema desde la responsabilidad civil extracontractual, invocando frecuentemente el artículo 2050. Esta norma, que disciplina el ejercicio de actividades peligrosas, prevé la posibilidad de exonerarse de responsabilidad probando «que se han adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño». Sin embargo, cuando el daño ya se ha verificado, las reglas que derivan del principio de precaución sirven —como veremos— solamente para determinar si hay o no responsabilidad, gravitando particularmente en dos elementos diversos: la culpa y el nexo de causalidad. En consecuencia, la norma relativa a actividades peligrosas no proporciona un fundamento serio para brindar a la precaución un rol autónomo.

A una conclusión análoga se llega considerando las otras hipótesis de responsabilidad agravada (artículos 2047, 2048, 2054).

Incluso no mediando relación obligacional alguna, los deberes de precaución se sustancian, técnicamente, en prestaciones (artículo 1174), las cuales representan derechos de todos aquellos sujetos que se encuentran en una mera «posición de contacto» con la actividad regida por tales deberes. En estas figuras el dato «relacional» del vínculo obligatorio emerge solo con la responsabilidad, en ausencia de la cual tal elemento «relacional» quedaría en la sombra, dando así forma a una obligación sin acreedor.

El fenómeno exhibe precedentes arraigados en la tradición. Un ejemplo al respecto está constituido por el *modus* (artículos 647 y 648, en materia testamentaria; artículos 793 y 794, en el ámbito de la donación). La cuestión es muy sutil, razón por la cual un tratamiento adecuado excedería los límites de esta reflexión. Por tanto, me limitaré a recordar que, según una amplia parte de la doctrina y la jurisprudencia, la distinción entre *modus* testamentario y legado con efectos obligatorios se advierte en que en este último se individualiza en un acreedor, que por el contrario falta en el primero, mientras que —por su parte— el cargo en la donación no constituye una contraprestación a favor del donante. No obstante, también el *modus* se concreta en una prestación cuyo cumplimiento puede comportar la resolución de la atribución patrimonial a la cual accede y por cuyo cumplimiento puede accionar cualquier interesado (artículos 648 y 793). En el caso del *modus*, por ende, el área de la obligación excede la dimensión de la relación.

Así, el deber de asumir determinados comportamientos en el ejercicio de una actividad sirve para colocarse al reparo de la responsabilidad aquiliana y de los llamados *deberes de protección*. Empero, este deber difiere de ambos: de la primera porque la dimensión jurídica del deber se halla en aprontar una tutela preventiva, es decir, dirigida a impedir la producción de un evento dañoso; y de los segundos porque el deber no nace de una relación, sino que se orienta hacia la generalidad.

La relevancia intersubjetiva de la prestación debida en el desarrollo de cierta actividad funda la legitimación a la acción judicial dirigida a la actuación de la precaución o, alternativamente, a la inhibitoria de la actividad: solo aquí, es decir en la tutela preventiva, la violación de la regla de precaución cuenta con relevancia propia, sin evaporarse en el seno de la responsabilidad. Además, no es necesario que se plantee la violación de una regla específica cuya infracción constituya en sí misma un ilícito, sino que es suficiente una negligencia capaz de anunciar el daño.

Modelos muy antiguos de tutela caracterizados por una función preventiva se encuentran en las acciones cautelares de obra nueva y de daño temido (artículos 1171 y 1172), si bien en un ámbito circunscrito a situaciones posesorias y dominicales.

Luego, en las relaciones contractuales, en ausencia de específicas prestaciones impuestas por la ley (como sucede en la tutela de la salud de los trabajadores, artículo 2087, y, en modo particular, en la normativa especial que la aplica), la observancia de deberes de precaución constituye una concreción de la diligencia debida (artículo 1176). Su inobservancia, por tanto, deriva en un incumplimiento cuya peculiaridad está dada precisamente por ser jurídicamente relevante incluso prescindiendo del daño: por ejemplo, la violación del deber de custodia prescinde de la infracción del deber de restituir la cosa. Y esta violación puede determinar la resolución del contrato o —en los supuestos permitidos— el desistimiento, aun cuando no se vislumbre ningún daño. Por ejemplo, la negligencia en la custodia consentirá que el comodante o depositante exija la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo convencional; de este modo, el paciente podrá desistir de un tratamiento sanitario y el dueño de la locación de una obra. Además, su inobservancia puede fundar la demanda —incluso en vía cautelar y siempre que subsistan los presupuestos— tendiente al cumplimiento de los deberes de precaución.

En cambio, en las relaciones obligacionales no contractuales, en las cuales no se aplican ni la resolución ni el desistimiento, es posible incoar solamente la demanda de cumplimiento.

4. Con las precedentes consideraciones hemos percibido que la prevención representa el ámbito en el cual el deber de precaución se eleva a fenómeno relevante en sí mismo; esto es, cuando no queda absorbido en la responsabilidad civil, contractual o extracontractual. Veamos ahora más de cerca su configuración.

La tutela preventiva no coloca en la perspectiva relativa a los *remedios*, con lo que se advierte que el régimen de la obligación no sirve solo para resolver el problema de la responsabilidad, sino también para proporcionar una protección positiva para la prevención del daño.

Ahora bien, la relación entre la tutela preventiva y la falta de precaución genera algunas dudas que conviene afrontar, ya que se sabe qué dimensión jurisprudencial de los principios indica su verdadera efectividad. El primer dato por considerar incumbe al ámbito de la tutela sustancial inhibitoria (cfr., por ejemplo, los artículos 844 y 1171): la constatación de que la exigencia de la tutela preventiva nace del carácter inadecuado de la resarcitoria obliga a que se le atribuya a la primera el alcance más amplio posible.

Una segunda cuestión atañe al modo en que se realiza la tutela y, en este sentido, cabe preguntarse si la demanda que suele inhibir el desarrollo de una actividad por falta de precaución debida debe ser conjugada con el interés por el cumplimiento de tal actividad. Así, si la respuesta fuera afirmativa, se introduciría la regla de la proporcionalidad del remedio en el ámbito de la tutela inhibitoria.

En otras palabras, la inhibitoria no puede resultar excesiva respecto del interés por el cual la precaución se exige: por ello, la prohibición de una actividad prescrita o en la que se adoptan reglas de precaución se resuelve en la inhibición de su desarrollo debido a la falta de tales precauciones. Por tanto, esta interdicción —por más radical y definitiva que sea— se corresponde con la ausencia de precaución y opera en razón de ella.

Por el contrario, es otra la configuración que tiene la tutela preventiva en la relación obligacional: siendo en este caso instrumental al interés del acreedor, se resuelve en la orden cautelar de adoptar la precaución debida. Y, por ende, resulta funcional este estímulo para realizar *obligaciones de hacer infungibles* (artículo 614 y también en el Código Procesal Civil), perseguido mediante condenas pecuniarias debidas, en función de la persistencia en la violación de la orden del juez (siempre a pedido de parte y atendiendo al límite de su manifiesto carácter inicu). Para favorecer la importancia de la norma, además, la infungibilidad se interpreta en forma amplia, es decir, referida al interés protegido aun cuando este pueda ser realizado con medios fungibles.

La acción de cumplimiento tiende a realizar el interés al cual la obligación sirve de instrumento: por ejemplo, en la violación del deber de custodia (artículo 1177), la cual prescinde de la destrucción o la pérdida de la cosa objeto del deber impuesto. Como ya hemos anticipado, en este caso el incumplimiento, si bien se concibe en función de la responsabilidad (artículo 1218), es relevante incluso prescindiendo del daño.

5. Hasta aquí —siempre en líneas generales— hemos realizado una descripción de las características salientes de los deberes de precaución. Ahora, los analizaremos más atentamente en relación con los cánones generales de la relación obligacional. En este sector —como ya se ha anticipado—, la precaución no es relevante en forma autónoma, sino que se halla absorbida como componente de la responsabilidad: principalmente en el juicio relativo al nexo de causalidad y a la culpabilidad; además en la determinación de la extensión del resarcimiento.

Culpabilidad y causalidad constituyen dos aspectos lógicamente independientes, si bien pragmáticamente conectados, toda vez que la falta de precaución desempeña un rol no desdeñable en lo que respecta a la gestión del riesgo.

Comencemos con la culpabilidad. El punto de referencia está constituido por la diligencia debida por el deudor (artículo 1176), la cual —dejando de lado el debate sobre la relevancia de la antigua distinción entre *obligaciones de medios y de resultado*— lleva a que se reflexione sobre la precaución como un aspecto de la diligencia. Al respecto —y aquí muchos datos surgen de ese provechoso laboratorio

de la responsabilidad que constituye la materia médico-sanitaria—, la prueba de la precaución equivale al cumplimiento de la obligación con la diligencia exigida por la naturaleza de la prestación.

Esto, por lo demás, gravita en diversos aspectos del juicio de responsabilidad: particularmente, en materia de distribución de las cargas probatorias y en la prueba del concreto contenido de los deberes de precaución. Bajo el primer aspecto, la ventaja del acreedor en la distribución de las cargas probatorias, establecida en el sistema italiano de la responsabilidad por incumplimiento de obligación —artículo 1218, por el cual el acreedor debe probar la existencia de la obligación y alegar su incumplimiento—, se encuentra mitigada por la prueba —ofrecida por el deudor— de haber adoptado todas las prescripciones técnicas y normativas, en función de la llamada *cercanía* de la parte a los instrumentos probatorios, si bien —en la especie— hubiera quedado insatisfecho el interés respecto al cual el cumplimiento era funcional.

En cuanto a los contenidos concretos de la precaución debida como expresión de la diligencia (cfr. artículo 2236), corresponde establecer si es suficiente la observancia de eventuales prescripciones normativas o técnicas, generalmente acreditadas —por ejemplo, *líneas guía*, protocolos, reglas deontológicas—, o si, en cambio, ello constituye un requisito mínimo que no excluiría —en presencia de pruebas atendibles— la pretensión de cautelas concretamente más intensas.

Como principio, cuando el deber de precaución ostenta una previsión normativa, entra en escena el segmento de la culpa que consiste en la «inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas» (artículo 43 del Código Penal), que, al mismo tiempo —como veremos—, es relevante desde el punto de vista de la prueba del nexo causal.

No obstante, lo recién señalado nos lleva a determinar si, frente a la *incerteza científica*, la observancia de la disciplina de la actividad ejercida es por sí misma suficiente para excluir la culpa y, con ella, la responsabilidad. De este modo, el análisis del problema debe partir de la consideración de las normas por aplicar. En primer lugar, si dichas normas se agotan en la individualización del parámetro de licitud, en el ejercicio de una determinada actividad según los criterios del derecho público, su observancia no excluye, sin embargo, que pueda surgir algún tipo de responsabilidad. Mientras que, en segundo lugar, cuando los parámetros normativos de la actividad se construyen en función del interés que la precaución intenta proteger, su observancia orienta la solución en sentido opuesto.

Queda, empero, una zona limítrofe: cuando el daño, que se ha producido a pesar de la plena observancia de las prescripciones normativas y «protocolares», no es atribuible a factores extrínsecos y —por tanto— las reglas de precaución existentes han revelado su insuficiencia a la hora de proteger todos los intereses posibles.

El punto, en este caso, es distribuir el riesgo de la incerteza científica: por un lado, el respeto de las técnicas impuestas por las normas de precaución conduce a excluir el ilícito; por el otro, la consecuencia de que el daño quede a cargo de quien lo ha sufrido nos deja insatisfechos. Así, dicha cuestión conlleva a que se decida entre tres alternativas: a) si el daño es irrelevante; b) si el daño es resarcible, a pesar de derivar de acto lícito (pero aquí se nos presenta el freno de la tipicidad de los *actos lícitos dañosos* —por ejemplo, los artículos 81, 1328, inciso 1, y el artículo 2047, inciso 2—, o c) si el daño es solo un índice del ilícito.

Luego, un criterio idóneo para orientarnos hacia una solución debería nutrirse de la constatación de que la adopción de medidas de precaución, en el ámbito de reglamentación primaria o secundaria —sea que deriven de actos administrativos o protocolos establecidos por entes privados—, presupone ya una demostración de la potencialidad riesgosa ínsita a determinadas actividades, de las cuales se deben hacer cargo, también, los sujetos que en concreto la ejercitan. Por ello, la fundación de un deber de precaución más intenso puede encontrarse, esencialmente, en las condiciones subjetivas de quien ejerce la actividad. En otras palabras, en la aptitud de la persona para establecer técnicas operativas más rigurosas que las ya prescriptas, atendiendo las particulares situaciones en las que es ejercida la actividad, porque la existencia de una normativa técnica no circunscribe el ámbito de la diligencia exigida. En definitiva, se debe excluir toda posibilidad de utilizar la incerteza científica como causa de justificación.

Por otro lado, emerge la condición subjetiva del destinatario de la precaución: ella, en los límites en que era o debió ser conocida por el sujeto obligado a examinar las reglas de precaución, se vuelve más intensa en función del interés protegido. De todos modos, se entiende que la comprobación del nexo de causalidad recae sobre la víctima del daño, y ello según la regla general, aunque aquí esté plasmada solamente en el ámbito de la precaución.

6. Por consiguiente, esta observación nos lleva a la zona de interferencia entre precaución y nexo de causalidad. Teniendo en cuenta que la comprobación jurídica de la relación de causalidad se sustrae (no obstante los variados esfuerzos) a un canon científico unívoco, la precaución proporciona un criterio de apreciación sobre la base de la probabilidad lógica. En otras palabras, los cánones de precaución, en cuanto son instrumentos de la gestión del riesgo, ofrecen otros criterios de imputación de responsabilidad.

Tales cánones, si bien elaborados en un plano de valoración objetiva de la acción (y, por tanto, institucionalmente conectados con la diligencia en su aspecto negativo, que es la culpa), se consolidan como instrumentos para establecer el reparto de las consecuencias dañosas de una acción. Por ende, este aspecto merece

ser subrayado en tanto también constituye un reflejo de la incerteza científica. Así, como no puede ser empleada para justificar una diligencia inadecuada, la incerteza científica tampoco debe representar un obstáculo insuperable para el dañado, en cuanto se refiere a la prueba del nexo de causalidad.

Consecuentemente, en tanto se ha comprobado que el daño deriva de la actividad regida por cánones de precaución, el riesgo correspondiente se imputa a quien ejerció la actividad, siempre y cuando dicho daño no haya dependido de un factor extrínseco. Esto, en el derecho italiano, si bien no constituye una desviación de las reglas probatorias que regulan la responsabilidad por incumplimiento, sí se diferencia de las relativas a la responsabilidad aquiliana.

Por supuesto que esta cuestión, sobre la cual se registra un amplio y extenso debate, no puede ser afrontada en pocas líneas. Simplemente considero que es preferible aplicar al sector de la incerteza científica o tecnológica las reglas de imputabilidad propias de la responsabilidad extracontractual, con el fin de pesar los inherentes riesgos sobre el autor de la actividad: incluso ante la ausencia de una regla de responsabilidad objetiva, como la establecida por el artículo 2050 para las actividades peligrosas, la violación de la precaución representa, en el ámbito extracontractual, el evento que fundamenta el riesgo de responsabilidad también a los fines de la causalidad.

7. Finalmente, en cuanto al resarcimiento, este debería reflejar el bien de la vida lesionado. No obstante, confluyen en él intereses complejos cuando la violación —prescindiendo de su carácter dañoso en sí— genera otros daños: la prestación, por ejemplo, si bien es el resultado del cumplimiento, no representa el eje exclusivo del resarcimiento.

De este modo, cuando la violación de un deber que no se concreta en una prestación es relevante (por ejemplo, el deber de buena fe —del cual también pueden extraerse corolarios sobre el plano de la precaución—), solo se puede determinar por vía hipotética cuál es el resultado perdido. Aún más, si el comportamiento debido no consiste en una específica prestación, resulta difícil individualizar el hecho en el cual reside el daño resarcible.

Al respecto —así como en lo relativo al nexo de causalidad— cabe preguntarse si el defecto de precaución puede influir para determinar la prueba del resarcimiento del daño. Empero, este es un ámbito repleto de incertezas, en el que el principio de fondo es que la *resarcibilidad* del daño presupone, necesariamente, la prueba de la pérdida patrimonial o del lucro cesante que lo constituyen.

En principio, la liquidación equitativa (artículo 1226) puede suplir la orfandad probatoria en relación con la medida del daño, pero no puede intervenir si este último no se ha probado —al menos en vía de presunción— en su existencia

misma. Y es que, al menos en el estado actual del derecho italiano, el resarcimiento se halla intrínsecamente vinculado al daño y no constituye una sanción civil contra el comportamiento antijurídico, salvo que ello esté previsto por ley o establecido convencionalmente por las partes —como sucede en el caso de la cláusula penal (artículo 1382)—.

En suma —así como el hecho de que el riesgo de la incerteza científica debe pesar sobre quien realiza la actividad— las formas resarcitorias para colmar el vacío en relación con la comprobación del nexo de causalidad en situaciones con defectos o carencias de pruebas son reducidas. Se trata, pues, de una alternativa distinta para dar curso a una liquidación equitativa, pero sobre la cual aún se debe reflexionar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acerboni, Francesco (2000). Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento. *Diritto della Regione*, 2, 245 y ss.
- Arbour, Marie-Ève (2006). La regolazione dei farmaci ad uso umano in seno all'UE al crocevia della salute e del mercato. En Comandé, G. (ed.), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (pp. 415-438). Milán: Giuffrè.
- Busnelli, Francesco D. (2005). Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura. En Goldoni, M. & Sirsi, E. (eds.), *Regole dell'agricoltura e regole del cibo*. (pp. 115 y ss.). Pisa: Il Campano.
- Busnelli, Francesco D. (2006). Introduzione: Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione. En Comandé, G. (ed.), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (pp. 1-12). Milán: Giuffrè.
- Bruno, Francesco (2000). Il principio di precauzione tra diritto dell'Unione Europea e WTO. *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 9(10), 569-577.
- Capecchi, Marco (2005). *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*. Padua: CEDAM.
- Comandé, Giovanni (2006). L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione. En Comandé, G. (ed.), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (pp. 23-76). Milán: Giuffrè.
- Consolo, Claudio (2002). Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria. En VV.AA., *Il rischio da ignoto tecnologico* (pp. 65-84). Milán: Giuffrè.

- Consolo, Claudio (2003). Il rischio da «ignoto tecnologico»: un campo arduo —fralecito e illecito— per la tutela cautelare e inibitoria. *Responsabilità civile e previdenza*, 68(3), 599-609.
- Costi, Renzo (2002). Ignoto tecnologico e rischio di impresa. En VV.AA., *Il rischio da ignoto tecnologico* (pp. 49 y ss.). Milán: Giuffrè.
- De Leonardis, Francesco (2005). *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*. Milán: Giuffrè.
- Del Prato, Enrico (2008). Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti. En VV.AA., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra diritto e regole*. Vol. I (pp. 545-554). Milán: Giuffrè.
- Del Prato, Enrico (2009). Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti. *Rassegna di diritto civile*, 30(3), 634-643.
- Di Benedetto, Danila (2007). Biotecnologie, principio di precauzione e responsabilità civile. *Rassegna di diritto civile*, 3, 591-613.
- Galasso, Giovanni (2006). *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*. Turín: Giappichelli.
- Graghani, Anna (2003). Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future. *Rivista di diritto civile*, 49(1), 9-45.
- Grassi, Stefano & Gragnani, Anna (2003). Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale. En Chieffi, L. (ed.), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale* (pp. 149-169). Turín: Giappichelli.
- Izzo, Umberto (2004). *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*. Padua: CEDAM.
- Lumetti, Maria Vittoria (2004). Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte costituzionale. *Giustizia amministrativa*, 1, 42-64.
- Marini, Luca (2004). *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*. Padua: CEDAM.
- Modica Donà dalle Rose, Chiara (2007). Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione. En Alpa, G. & Capilli, G. (eds.), *Lezioni di diritto privato europeo* (pp. 217 y ss.). Padua: CEDAM.
- Nocco, Luca (2006). L'interpretazione precauzionale della causalità nell'attività sanitaria: la probabilità logica. En Comandé, G. (ed.), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (pp. 257-276). Milán: Giuffrè.

- Nocco, Luca (2010). *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*. Turín: Giappichelli.
- Parrinello, Concetta (2008). *Medical malpractice e regole di responsabilità civile. Tradizione e innovazione*. Milán: Giuffrè.
- Pucella, Roberto (2010). *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*. Milán: Giuffrè.
- Simoncini, Andrea (2005). Alcune note su fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione ed incostituzionalità degli effetti referendari. En VV.AA., *Procreazione assistita: problemi e prospettive* (pp. 409 y ss.). Brindisi: Schena.
- Stella, Federico (2002). *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milán: Giuffrè.
- VV.AA. (2001). Il principio precauzionale tra scienza e diritto. *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2, 16 y ss.
- VV.AA. (2002). *Il rischio da ignoto tecnologico*. Milán: Giuffrè.