

Los dilemas de la función preventiva de la responsabilidad civil

Jorge Pablo Martínez y Verónica Mas

I. Introducción

La función preventiva de la responsabilidad civil (RC) o, lo que es similar, una de las funciones que integran el sistema de la obligación¹ irrumpe, en el nuevo Código, en el Libro tercero (“Derechos personales”), Título V (“Otras fuentes de las obligaciones”), Capítulo 1 (“Responsabilidad civil”), Sección 2* (“Función preventiva y punición excesiva”).

Se recepta normativamente, en los artículos 1710 a 1713, uno de los tres principios fundamentales -desde el conocido texto de Ulpiano- del Derecho, vale decir **no dañar a otro**, pues dicho principio lleva en su seno tal esencial noción. Ver-venir (percibir/sentir) antes, anticipar (evitar) el daño, en suma, pre-verlo (pre-venirlo) para evitarlo, resulta inexorablemente pre-eminentemente. Es, de más está escribirlo, la primera cuestión a considerar, de ahí, naturalmente, el anclaje constitucional del *alterum non laedere* (art. 19, C.N.) y su matrimonio indisoluble con el derecho fundamental (de usuarios/consumidores) a la seguridad (art. 42, C.N.).

Las nuevas normas, en apretada síntesis, imponen deberes (art. 1710, C.P.C.C.) para evitar el fenómeno del daño (lo que no debería ocurrir). Regulan y diseñan, frente a la violación/incumplimiento de tales deberes, a la “acción preventiva” (se determina cuándo es procedente, art. 1711, C.C.C.N.) y asignan legitimación (art. 1712, C.C.C.N.). Por último, establecen pautas (conf. art. 1713, C.C.C.N.) para la sentencia judicial, vale decir regula el sentido y alcance de la obligación (dar, hacer, no hacer) que debe, provisoria o definitivamente, disponer a la demandada (obligada) a pedido de parte o de oficio.

Esta ponencia se estructura –limitada en su extensión a las 10 carillas- al compás de las siguientes dilemáticas preguntas: **(i)** desde la perspectiva metodológica ¿pueden “convivir” en el ámbito de las fuentes de la obligación la función preventiva y la función resarcitoria de la responsabilidad civil?; **(ii)** desde la ontología (la pregunta por el **qué es**) ¿los requisitos/presupuestos de la función preventiva son los mismos que los de la función resarcitoria?; **(iii)** desde la axiología ¿puede establecerse la preeminencia de la función preventiva en el sistema de la responsabilidad civil (*rectius*: obligación).

¹ En los fundamentos se la presenta como una de las funciones del sistema de la responsabilidad civil, esto es en el punto 1. “Sistema y funciones”, *Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012, p. 562. El sistema, integrado por las funciones preventiva/resarcitoria, de la responsabilidad (Capítulo 1) resulta, en rigor, un (sub)sistema en relación al sistema de la obligación. Ello es así, desde que la responsabilidad civil no es más que una de las otras fuentes de las obligaciones.

II. Un dilema metodológico que impacta sobre el “ser” de la responsabilidad civil

a. La *responsabilidad civil* aparece metódicamente (y novedosamente) en el nuevo Código como una de las tantas fuentes de la obligación. En efecto, incluye (une, unifica), en su función resarcitoria, a la violación del deber de no dañar a otro y al incumplimiento de una obligación como fuente, precisamente, de la obligación. “*Deber de reparar*”² dice, vaga³ e imprecisamente, el art. 1716 del nuevo Código.

La coherencia del sistema de la *responsabilidad civil*⁴ se pone en crisis cuando el pensar metodológico se detiene en las dos funciones que integran su noción⁵. Por un lado, su función preventiva, cuyo propósito esencial es que la obligación de reparar no nazca (se exhibe, por ende, como un “no” a la obligación de reparar). Y, por otro lado, su función resarcitoria que resulta causa fuente de la obligación, es decir tal función se muestra como un “sí” a la obligación de reparar.

Ahora bien, si toda auténtica reflexión metodológica nos da información acerca del modo de ser del ente temático⁶, la tensión “no” nacimiento (función preventiva)/ nacimiento (función resarcitoria; “sí” a la reparación) ¿evidencia la incoherencia de la responsabilidad civil como fuente de la obligación?

En efecto, su función resarcitoria⁷ ubica claramente a la responsabilidad civil en el ámbito de las causas de la obligación; así, por lo demás, está sistemáticamente regulada, esto es como una de las otras fuentes de las obligaciones (Título V “Otras fuentes de las obligaciones”) en tanto aparece luego de la presentación de los contratos (Títulos II “Contratos en general”; III “Contratos de consumo”; y IV “Contratos en particular”).

Sin embargo, su función preventiva está atravesada por la sana obsesión de evitar el nacimiento de la obligación de reparar, o disminuir su magnitud, o su agravamiento (conf. arts. 1710, 1711 del nuevo Código). ¿Y entonces? ¿Cómo se conjuga el “sí” y el “no” que acompañan a las funciones o, lo que es igual, al nacimiento/no nacimiento de la obligación de reparar?

Ahora bien: ¿cómo acercarnos a la noción de un ser (responsabilidad civil) integrado

² *Rectius*: obligación de reparar. Es conocida la distinción, en el ámbito de la teoría general de la obligación, entre deber (género) y obligación (una de sus especies). Puede verse, en tal sentido, CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 1ª ed., La Plata, Editora Platense, 1969, pp. 11-12.

³ La misma vaguedad (no distinguir el deber de la obligación) está presente en las normas que regulan a la función preventiva de la responsabilidad civil.

⁴ Así se presenta –como sistema- a la responsabilidad civil en los fundamentos del nuevo Código, p.562

⁵ El anteproyecto presentaba tres funciones. El nuevo Código eliminó a la función punitiva. Quedaron, por lo tanto, dos: la preventiva y la resarcitoria.

⁶ HEIDEGGER Martín, *Ser y Tiempo*, 1ª ed., Santiago de Chile, Universitaria, 1997, p.322.

por funciones que resultan radicalmente antitéticas? Extraño ser en el que conviven, en permanente tensión, la posibilidad de actuar, de hacer jugar, la transformadora idea de la prevención para impedir el nacimiento de la obligación y, también, el conjunto de presupuestos (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño) que estructuran el relato sobre el origen de la obligación. Capacidad de actuar propia sobre el no nacimiento y, oxímoron mediante, acerca del nacimiento (requisitos, presupuestos) de la obligación.

En apretado resumen, la novedad de la responsabilidad civil como fuente de la obligación (recordemos que en el código de Vélez los hechos ilícitos –delitos, cuasidelitos– revestían tal carácter), cuya noción se integra con dos funciones, preventiva y resarcitoria, trae en su propio seno la dificultad ¿ineludible? de comprender cuál es la noción cabal de la aludida fuente obligacional.

b. No está de más reiterar que el nuevo Código introduce como novedad la presencia de la responsabilidad civil entre las fuentes de las obligaciones. Esta presencia, en la comparación con el derogado Código, evidencia, desde tal perspectiva, la ausencia de los actos ilícitos (delitos-cuasidelitos), precisamente, como fuente de la obligación. Los actos ilícitos desaparecen, por lo tanto, del nuevo Código o, mejor dicho, quedan encubiertos en otra denominación (violación del deber de no dañar a otro e incumplimiento de una obligación⁸).

En la aproximación a la noción de la responsabilidad civil, como fuente de la obligación, la coherencia exige expulsar del análisis a una de las funciones (la preventiva) que acompañan “al sistema de la responsabilidad civil”. Es que la función preventiva está atravesada por el “no”, es decir por la obsesión de que la obligación “no” nazca. Tal feliz idea se despliega no solamente en los artículos 1710 a 1713 del nuevo Código.

Dicho de otro modo, no se puede dejar de subrayar la tensión que provoca el nuevo Código al presentar, por un lado, a la responsabilidad civil como fuente de la obligación; y al incluir, por otro lado, en el propio seno de la causa (responsabilidad civil) una función cuyo firme propósito es –paradojalmente– el contrario, vale decir que la obligación no nazca.

Sin embargo, la tensión señalada es hija de un ligero análisis metodológico de la cuestión. Es que la regulación de la responsabilidad civil, como fuente de la obligación (función resarcitoria), convive dentro de un (sub)sistema que incluye también a la función preventiva. Sentado ello, en el (sub)sistema de la responsabilidad civil, aunque se presente en

⁷ Sección tercera (arts. 1717/1736)

⁸ En los fundamentos del anteproyecto se califica como “hecho ilícito” (también “hecho antijurídico”) al no pago (incumplimiento) de la obligación (*Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley, 2012, p. 564)

el ámbito de las fuentes, aparecen armónicamente ambas funciones.

En otros términos, no es incoherente la aludida regulación desde la perspectiva ontológica del anunciado (sub)sistema. Tampoco lo es, claro está, la regulación de la fuente contractual. Y el contrato es, desde el punto de vista ontológico, más que una fuente de la obligación en tanto puede regular, modificar, transferir o extinguir la relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957, C.C.C.N.).

En síntesis, en la responsabilidad civil conviven en armonía dos funciones al parecer (o desde el parecer metodológico) antitéticas. Una, la preventiva, procura evitar el nacimiento de la obligación de reparar y la otra, la resarcitoria, relata el juicio de existencia que se debe realizar para determinar si nació –o no– la obligación. La armonía muta en insuperable tensión si se piensa a la responsabilidad civil solamente como fuente de la obligación.

c. Sin embargo, esta supuesta insuperable tensión pasa por alto una circunstancia esencial que abre la regulación que trae el nuevo Código en relación, precisamente, a la función preventiva. En efecto, después de regular el deber de prevención (art. 1710), de determinar cuándo es procedente la acción preventiva (art. 1711) y de señalar quienes están legitimados para promoverla (art. 1712), el Código presenta, en el artículo 1713, a la sentencia. Dice, en tal sentido:

*“...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”.*

El doble énfasis empleado anuncia la pertinencia de la función preventiva de la responsabilidad civil también como fuente de la obligación. Sin embargo, de otra obligación, de una obligación cuyo propósito es, de más está decirlo, impactar en la realidad, modificarla, para eliminar la “situación” riesgosa, la “zona” amenazante o, lo que es igual, el “ahí” de la realidad que anuncia (“hace previsible”) “*la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”. Dar, hacer o no hacer, prestaciones (obligaciones) que deben desplegarse (pagarse/cumplirse) porque así lo dispuso un juez para evitar (eliminar el origen, la proveniencia) lo perjudicial o, mejor dicho, la fuente que acerca lo temible (acontecimiento del daño).

d. Los primeros casos jurisprudenciales que receptaron la función preventiva (casos: “Altamirano”; “Gimenez”, más cerca en el tiempo “Castillo”, recientemente “Espil”; entre otros) ponen de relieve lo anterior, vale decir: jueces admirables (comprometidos con su noble función) que ordenaron obligaciones de hacer (obligación de: cercar, alambrar perimetralmente, anunciar a través de carteles, contratar cuidadores, etc.) para modificar la

impiadosa realidad que acerca-ba lo temible, lo pavoroso, es decir: la radical imposibilidad de toda posibilidad, la muerte.

e. En tales condiciones, resulta metodológicamente correcto presentar, en el ámbito de las fuentes de la obligación, a la función preventiva de la responsabilidad civil. Ello es así, en tanto este rostro de la responsabilidad civil provoca, acreditación de los presupuestos mediante, el nacimiento de la obligación de dar/hacer/no hacer (conf. art. 1713, C.C.C.N.) cuyo pago, claro está, erradica (o debería erradicar)⁹ la posibilidad de la concreción del amenazante daño. La función preventiva de la responsabilidad civil es, al igual que la resarcitoria, la causa, por lo tanto, del efecto obligación.

III. Los presupuestos de la función preventiva de la responsabilidad civil:

1. Introducción

a. La respuesta a la implícita pregunta que trae el título de este punto III se encuentra en los fundamentos del nuevo Código. En efecto, se lee:

*“(l)a omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) **autoría**: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior¹⁰; b) **antijuricidad**: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) **causalidad**: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) **no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución**, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir”.*

La lectura ligera de los fundamentos alimenta la afirmación de que los presupuestos de la acción preventiva (en rigor de su procedencia) son: a) autoría, b) antijuricidad y c) causalidad. En apresurado resumen y en clave obligacional: nace la obligación (de dar/hacer/no hacer) si se viola (**autoría**) el deber de prevención (**antijuricidad**)¹¹ cuando, va de suyo, “la amenaza del daño” resulta (“debe ser”) previsible (**causalidad**). La no exigencia del factor de atribución evidencia, como se afirma con otras palabras en los fundamentos, la

⁹ En el objeto de la obligación (prestación a desplegar), que debe imponer al “condenado” el Poder Judicial, se juega, naturalmente, “la eficacia” de la decisión “en la obtención de la finalidad”, es decir: la eliminación de la fuente de los daños por-venir

¹⁰ Artículo 1710, dice: “...**Deber de prevención del daño**. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causa 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 disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo”.

“diferencia” entre las funciones de la responsabilidad civil.

Esta clarísima (¿y única?) diferencia, ineludible desde el punto de vista fenomenológico, se explica o, mejor dicho, abrevia en una sencilla y elemental comprensión. En efecto, **si no existe daño, no hay nada que atribuir, imputar**. De ahí, por lo tanto, la no exigencia de los factores de atribución (objetivo/subjetivo) cuya presencia, en la **función resarcitoria**, resulta imprescindible para determinar **quién es el autor** (obligado, vagamente dicho: el responsable directo o indirecto) del daño resarcible o, mejor precisado, a quién se debe imputar el daño causado..

Sin embargo, al igual que en la función resarcitoria, aparecen palabras-presupuestos cuya lectura provoca resonancias que imponen ahondar en la explicación (comprensión). En otros términos, escuchar “autoría”, “antijuridicidad”, “causalidad”, nos lleva (debería llevar) a buscar en sus frecuentadas designaciones en el ámbito de la función resarcitoria y a preguntar: ¿En el ámbito de la función preventiva tienen el mismo sentido y alcance que en la órbita de la función resarcitoria?

2. Los modos de ser del deber de prevención (deber general/particular/obligación)

Para contestar esta ontológica pregunta (¿la prevención es un deber general, particular o una obligación?) es pertinente escuchar al citado artículo 1710. “*Toda persona*”, así comienza la norma, remite a la generalidad (sería, por lo tanto, un deber general). Sin embargo, el “*en cuanto de ella dependa*”, vale decir que “*la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad*”¹² refiere a la concreción, particularización de ese deber en tanto depende de las circunstancias de una persona particular (¿deber particular u obligación?).

Ahora bien, los incisos del mencionado artículo 1710 exhiben, a nuestro entender, una significativa diferencia ontológica que resulta útil presentar para comprender el sentido y alcance del “en cuanto de ella dependa”, de “su esfera de control”, de la “carga excesiva que afecta la libertad”. Para mostrarla –e intentar comprenderla- es conveniente interpelar a la norma: ¿es pertinente afirmar que el deber de “*evitar causar un daño no justificado*” –inc. a-, depende de la persona, de su esfera de control. La respuesta no puede ser otra; es, redundantemente, sí.

Es que el deber de evitar causar un daño no es otro, aunque desde la perspectiva del

¹¹ Esta afirmación deberá aclararse, precisarse, más adelante. Es que, de más está decir, si se viola el deber de evitar el daño, es posible que se cause el daño y, entonces, la acción preventiva carecería, en principio, de objeto. Salvo que su propósito abrevie en la disminución del daño o en su no agravación.

¹² Fundamentos del C.C.C.N. citados, p.564.

comportamiento activo, que el deber general de no dañar. “Toda *persona*” no debe dañar – dispéñese la pueril argumentación- y, en pos de ello, “toda persona” debe evitar causar el daño. El evitar¹³ es la conducta activa que se desprende del genérico y universal “no dañar” (este “no” sugiere ligeramente una conducta pasiva).

En este supuesto, siempre –de ahí la generalidad y universalidad- el deber de evitar esta-rá en la esfera de control de la persona y no afectará su libertad en tanto la tautológica exigencia anida en el cuidado de sí, de las cosas/ bienes y, esencialmente, de los otros. Existe, por lo tanto, el deber general de evitar causar un daño. Y tal deber general recae sobre todas las personas, de ahí la tautología del “*en cuanto de ella dependa*”.

El agregado anterior, que particulariza redundantemente al deber general de prevención, se despliega, sin embargo, con pertinencia en el inciso b. En efecto, en tal caso, la norma impone la obligación de “*adoptar (...) las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (...)*”. ¿Y cuándo, “*de buena fe y conforme a las circunstancias*”, se deben adoptar tales medidas?

Naturalmente -ahora sí se comprende la expresión (“*en cuanto de ella dependa*”)- cuando dependa de la persona o, lo que es similar, “*cuando la posibilidad de prevenir se encuentre en la esfera de su control*”, la adopción de tales medidas podrá exigirse (obligación) y tal derecho de exigir (la otra cara del deber particular y calificado de cumplir) no se “*convertirá en una carga excesiva que afecta la libertad*”.

Es que, sobre tal persona, pesa el deber particular y calificado (la obligación, no la carga) de adoptar tales medidas (dar, hacer, no *hacer*). Asoma, por lo tanto, en el *inciso* b. la restricción a la libertad provocada por la *obligación* cuya novedosa definición normativa, importa recordarlo, puede leerse en el art. 724 del C.C.C.N.. Y cuyo acreedor será aquél que acredite un “interés razonable” (conf. art. 1712, C.C.C.N.).

La apertura de la comprensión del deber que, en tanto particular y calificado, resulta una *obligación* se exhibe nítida a la luz del art. 1713 del C.C.C.N. –citado supra-. Es que si el Juez admite la acción preventiva “*debe disponer*”, precisamente, “*obligaciones de dar, hacer o no hacer*”, vale decir que el responsable (*rectius*: obligado) realice (adopte) aquellas medidas razonables que, por su incumplimiento, no efectuó (adoptó) y debió, está de más decirlo, adoptar. Con otras palabras, debe desplegar una prestación (dar/hacer/no hacer) “*para evitar que se produzca un daño o disminuya su magnitud*”.

La interpretación de este inciso puede, en prieta síntesis, presentarse así: (i) el que

¹³ Evitar: 1.tr Apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda (...) (Diccionario de la Lengua

adopta, buena fe y circunstancias mediante, las medidas razonables lo hace pues está obligado a realizarlas (v.gr. los poderes públicos) pero si es otro (tercero responsable, dice la norma) el que provoca el daño o introduce su posibilidad (el autor, deudor) podrá exigirle (deudor devenido acreedor) el reintegro del valor de los gastos pagados. **(ii)** Si el obligado por la ley no adopta las medidas razonables podrá ser demandado por el acreedor quien podrá, también, demandar (conjunta o separadamente) a aquel que provocó la posibilidad del daño.

Por último, el inciso c. (“*no agravar el daño, si ya se produjo*”), impone un deber particular a las personas vinculadas por la obligación de reparar (acreedor/deudor), es decir existe el deber secundario de conducta, en el ámbito de la relación obligacional, de no agravar el daño. Su infracción por el acreedor obsta, naturalmente, a la posibilidad de exigir su reparación en tanto carecería de causa; y la violación por el deudor incrementa, de más está decirlo, el *quantum debeatur*. Igualmente, podrá articularse la acción preventiva para evitar, precisamente, su agravación.

En resumen, el deber de prevención se exhibe, en el art. 1710 del C.C.C.N., como un deber general (recae sobre todas las personas) de evitar causar un daño no justificado. Asimismo, como una obligación de adoptar las medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de reembolsar el valor de los gastos realizados por quien no fue el autor. Finalmente, como un deber particular, es decir como un deber secundario de conducta que pesa sobre las personas (acreedor/deudor) vinculadas en/por la obligación.

3. Repaso crítico de los presupuestos de la función preventiva

a. Los presupuestos para que la acción preventiva resulte procedente o, lo que es similar, para que nazca la obligación de dar/hacer o no hacer ¿son los mismos que los exigidos para el nacimiento de la obligación de reparar? O, mejor preguntado ¿pueden ser los mismos?

La respuesta es no. Este “no” asoma, en primer lugar, del propio análisis de los fundamentos y de los artículos que regulan a la función preventiva. Es muy claro, en tal sentido, el artículo 1711 del C.C.C.N. en cuanto excluye categóricamente al “factor de atribución” –“*no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”, leemos-.

¿Por qué no es exigible? En los fundamentos, si bien no explicitan el por qué, se señala que la existencia (función resarcitoria) e inexistencia (función preventiva) del factor de atribución “*es lo que (...) diferencia a esta acción de la obligación de resarcir (cuya causa es, claro está, la RC en su función resarcitoria)*” ¿Por qué, por lo tanto, las diferencia?

La respuesta ya fue presentada: porque si no existe daño, no hay nada que imputar,

atribuir. Pero si esto es así y, desde luego, lo es, tampoco deberían estar presentes los otros presupuestos en tanto se determinan conceptualmente, en la función resarcitoria, a partir de la existencia del daño. Desde otra perspectiva –también crítica-, si en la función preventiva existe un autor, un comportamiento antijurídico, causalidad ¿A quién se atribuye, precisamente, la violación del deber de prevención?

Importa insistir: predicar que no es exigible el factor de atribución se exhibe claramente incongruente con la exigencia de los otros presupuestos que juegan en el ámbito de la función resarcitoria y cuya presencia la explica el acontecimiento del daño. O, desde el vértice opuesto, en la función preventiva también existe (se mueve al compás de los otros presupuestos) el factor de atribución. Se debe atribuir, imputar, la violación del deber de prevención.

Lo anterior pone de relieve la regulación incongruente que exhibe la función preventiva al excluir solamente al factor de atribución e incluir vagamente, aunque muestran otras determinaciones conceptuales, a los otros presupuestos cuyos modos de ser esencian naturalmente en la función resarcitoria. La coherencia hermenéutica impone otras precisiones, otros nombres. esencialmente para la antijuridicidad y para la causalidad. O, sencillamente, explicitar que no es exigible ni la antijuridicidad ni la relación causal como tampoco lo es el factor de atribución.

Por el contrario, si en la función preventiva se incluyen a los aludidos presupuestos (autoría-antijuridicidad-causalidad) no puede, coherencia mediante, excluirse al factor de atribución. Podría argumentarse que el factor de atribución consiste, en tal caso, en atribuir la amenaza del daño, su posibilidad, la proximidad de su concreción. Se atribuiría, naturalmente al autor de la violación del deber de prevención (antijuridicidad) si, desde luego, tal amenaza de daño resultara, a la luz de la experiencia de la vida, previsible (relación causal).

IV. La notable preeminencia axiológica de la función preventiva

En los fundamentos del nuevo Código se discurre acerca de esta cuestión. Se destaca, en efecto, que “... *la definición de los derechos que se tutelan (es) la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque... varía conforme con los casos y bienes en juego*”. Es comprensible la afirmación y, desde luego, no cabe objetarla; sin embargo, la preeminencia de la función preventiva, desde el punto de vista axiológico, es notable:

Aproximamos, en apretada síntesis, algunos argumentos:

(*) La prevención realiza lo Justo, está a favor de la vida no solo de las personas sino también de los animales, de la Naturaleza, etc.. Abre la posibilidad de pensar en una mirada

no antropocéntrica, alejada de la utilidad, de la conveniencia, de la frialdad de los cálculos económicos. Propicia, asimismo, el cambio cultural, otra mentalidad, otro Poder Judicial, otros operadores jurídicos, otro Derecho.

(*) La reparación jamás puede realizar cabalmente lo Justo. Puede tan solo acercarse, aproximarse. Es que a veces indemniza lo irreparable, el dolor que no cesa, que no puede cesar. Esto puede verse con claridad con un solo ejemplo: la muerte de un hijo o su grave discapacidad y la pobreza del dinero para reparar lo irreparable, para compensar el infinito dolor, para sustituir la insustituible lágrima.

(*) En relación al tiempo: la prevención es proyecto, apuesta existencial, busca la plenitud de la condición humana, mira desde el ahora riesgoso hacia el por-venir (futuro) e intenta anticiparse, adelantarse, para mejorarlo, para que no traiga la tormenta del daño que anuncia la violación del deber de prevención.

(*) La otra, la función resarcitoria, mira desde el ahora entristecido por el daño (v.gr. daños a la persona) hacia la tristeza del haber sido (pasado) e ingenuamente pretende borrar lo que, en tanto pasado que pasó, resulta imborrable. Intenta, por lo tanto, mitigar, compensar con dinero lo que no se puede compensar, reemplazar. Esto es: el sagrado valor no solo de la persona humana sino, también, de otras existencias no humanas (animales, flora, fauna, etc.).

(*) La función preventiva enraiza en la estructura ontológica del cuidado (anticiparse a sí estando en el mundo -que trae el daño-); se ha dicho, en tal sentido, que el ser (mujer, hombre, etc.) debe ser definido como cuidado o, lo que es similar, en él/ella está contenido el ser del Dasein¹⁴. La función resarcitoria arraiga, por el contrario, en el descuido de sí, de las cosas o de los otros.

Esta cita, finalmente, enfatiza la aludida prioridad y la necesidad de militar esta noble herramienta en tanto no podemos ignorar que: “(v)ivimos en una sociedad en la que los riesgos y las incertidumbres causados por la dinámica industrial y la opción por un crecimiento económico exponencial e ilimitado producen daños sistemáticos e irreversibles en el ecosistema, que afectan y amenazan las funciones vitales de la naturaleza y la reproducción de la vida”¹⁵. La prevención, en suma, en pos de una sociedad mejor.

¹⁴ HEIDEGGER, Martín, ob. cit., p. 251

¹⁵ SVAMPA, Maristela y VIALE, Enrique, *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, 1ra ed., Buenos Aires, Katz editores, 2014, p.9

V. Conclusiones

- 1) La *responsabilidad civil* aparece metódica (y novedosamente) en el Código Civil y Comercial de la Nación como una de las tantas fuentes de la obligación. En el Código de Vélez, los hechos ilícitos –delitos, cuasidelitos– revestían tal carácter. En la comparación, se evidencia en el nuevo Código la ausencia de los actos ilícitos como fuente de la obligación o, mejor dicho, estos quedan encubiertos en otra denominación (violación del deber de no dañar a otro e incumplimiento de una obligación).
- 2) La noción de la *responsabilidad civil* se integra con dos funciones: preventiva y resarcitoria. Por un lado, su función preventiva, cuyo propósito esencial es que la obligación de reparar no nazca (se exhibe, por ende, como un “no” a la obligación de reparar). Y, por otro lado, su función resarcitoria que resulta causa fuente de la obligación, es decir tal función se muestra como un “sí” a la obligación de reparar.
- 3) La regulación que trae el nuevo Código en relación a la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710 a 1713) permite también comprenderla como fuente de la obligación. Ello es metodológicamente correcto, en tanto este rostro de la responsabilidad civil provoca, acreditación de los presupuestos mediante, el nacimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, porque así lo dispuso un juez (conf. art. 1713) en pos de evitar, con su pago, “*la producción de un daño, su continuación o agravamiento*” (art. 1711). De este modo, en el (sub) sistema de la responsabilidad civil, aunque se presente en el ámbito de las fuentes, conviven armónicamente ambas funciones.
- 4) El deber de prevención se exhibe, en el art. 1710 del C.C.C.N., como un deber general (recae sobre todas las personas) de evitar causar un daño no justificado (**inc. a**). Asimismo, como una obligación de adoptar las medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de reembolsar el valor de los gastos realizados por quien no fue el autor (**inc. b**). Finalmente, como un deber particular, es decir como un deber secundario de conducta que pesa sobre las personas (acreedor/deudor) vinculadas en/por la obligación (**inc. c**).
- 5) Si en la función preventiva se incluyen los presupuestos autoría, antijuridicidad y causalidad (que juegan en el ámbito de la función resarcitoria y cuya presencia se explica a partir del acontecimiento del daño) no puede, coherencia mediante, excluirse el factor de atribución (conf. art. 1711 C.C.C.N.). O, desde el vértice opuesto, en la función preventiva también existe el factor de atribución que consiste, en tal caso, en atribuir la amenaza del daño al autor de la violación del deber de prevención (antijuridicidad) si tal amenaza de daño resultara, a la luz de la experiencia de la vida, previsible (relación causal).
- 6) Desde el punto de vista axiológico es preeminente la función preventiva de la responsabilidad civil por sobre su función resarcitoria.

