

#### Comisión 4

#### Ponencia de la Dra. GRACIELA MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ

#### PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS:

#### UNA TENDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MODERNA

La **prevención de los daños** es una preocupación reciente en el escenario jurídico, en particular con relación a ciertos derechos (los derechos de la personalidad) y ciertos bienes (los bienes de incidencia colectiva).

Atiende a la necesidad de los últimos tiempos de proteger los derechos en el momento previo a su lesión mediante una acción jurisdiccional exclusivamente preventiva, dentro del área del moderno derecho civil.

La tradicional técnica resarcitoria consiste en la protección de los derechos “*ex post facto*” que culmina con una sentencia de condena que ordena al causante del daño, a conjurar el perjuicio mediante el pago de una suma de dinero que constituye su equivalente pecuniario.

Se dijo que la prevención del daño “es siempre preferible a su reparación”, la doctrina de la prevención de los daños constituye un capítulo de la responsabilidad civil y es una de las funciones del moderno Derecho de Daños.

Existían algunas normas dispersas en el ordenamiento jurídico que consagraban remedios jurisdiccionales, así como algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, pero no se había instrumentado un sistema general de prevención de daños.

Adela Seguí es quien ha trabajado y sistematizado la función preventiva del Derecho de daños

#### Los tres sentidos de la prevención de Daños<sup>1</sup>

El **primero** de ellos es la adopción de medidas técnicas idóneas para evitar un daño.

El **segundo** de ellos es la prevención como función indirecta de la sanción resarcitoria.

El **tercer** sentido es el de la prevención como sistema de protección diferente de la clásica función resarcitoria llamada “tutela civil inhibitoria”.

La prevención es principio inmanente del sistema jurídico.

A partir de la reforma de Constitución Nacional argentina de 1994, , la prevención tiene rango constitucional por el nuevo art.43, con relación a los derechos personalísimos y a los bienes de incidencia colectiva

Se considera que el sistema debe prevenir los daños, porque si no lo hace, entonces tendríamos que admitir que hay un derecho a dañar.

---

<sup>1</sup> SEGUÍ Adela La función preventiva y los **daños** causados a personas en situación de vulnerabilidad,

El Derecho debe proveer una solución “*ex ante*” del daño, en lugar de una respuesta “*ex post*”, al tratarse de un sistema de convivencia que no se satisface con la aplicación de sanciones.

### **La prevención como respuesta al principio de eficiencia.**

Además, la prevención de los daños responde a un principio de eficiencia. Es evidente porque es más eficiente prevenir que dañar, se cumple en tanto el daño no sólo representa un costo individual de quien lo sufre, sino un costo social<sup>2</sup>; los daños son nocivos para la sociedad, los accidentes provocan “costes secundarios” como el costo del servicio de justicia, el costo del servicio de policía, etc.

Finalmente, hay **ciertos derechos y ciertos bienes** respecto de los cuales la prevención es eficiente. Ante la lesión a los derechos de la persona, como el honor, la intimidad, la imagen, el mecanismo de la reparación que actúa después del daño, es absolutamente ineficiente. Lo mismo podemos decir respecto a los daños a determinados bienes como los ocasionados a bienes colectivos (el daño al ambiente o a la salud de la población)

### **El cambio de los paradigmas**

En líneas generales, el Derecho de la Responsabilidad Civil ha evolucionado en los últimos tiempos al compás de los profundos cambios operados en la sociedad contemporánea: la creciente multiplicación de los daños y las fuentes de dañosidad, así como la necesidad de protección de las víctimas

Este cambio de sus paradigmas está exigiendo hoy una reformulación de la responsabilidad, es decir, la necesidad de la prevención de daños que no son adecuadamente protegidos con la técnica del resarcimiento.

Nos encontramos en un punto de inflexión en el escenario del Derecho Privado de ciertos derechos (los **derechos de la personalidad**) y nuevos bienes (los **bienes colectivos**), para los cuales, la reparación como sistema de protección es completamente insuficiente.

Los derechos de la personalidad no son derechos nuevos pero pasaron a tener una mirada diferente otorgándoles una protección más fuerte, con su incorporación en la Constitución Nacional (art.75 inc.22 CN).

El mecanismo clásico de la responsabilidad civil, su finalidad resarcitoria que consiste en el resarcimiento del daño después de ocasionado, era insuficiente para brindar adecuada protección de los derechos, porque se desentendía de la protección de los débiles jurídicos (como el consumidor o el habitante frente a los daños ambientales), o los titulares de derechos extrapatrimoniales

---

<sup>2</sup> CALABRESI, Guido “*El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*”, Ariel Barcelona, 1984

## La búsqueda de otros caminos. La PREVENCIÓN

En primer lugar, es justo reconocer que la prevención fue siempre reservada al Derecho Administrativo, pero la insuficiencia de los poderes de control de la Administración provocó que los juristas de Derecho privado, y en especial los especialistas en Responsabilidad Civil, comenzaran a preocuparse por la prevención de los daños, como función propia del Derecho de Daños.

El Código Civil Argentino ley 17.711 había adoptado la idea de prevención en algunas de sus normas: el art. 2499 “acción del daño temido”; el **art. 2618**: en caso de turbación a los vecinos,; art.2500 que regulaba la suspensión provisoria de la obra nueva. Como vemos, igual que en otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro se habían consagrado soluciones para reclamar la evitación o paralización del daño que había comenzado a generarse.

Estas formas de protección en los códigos civiles atendían al daño que pudiera ocasionarse a los bienes patrimoniales, pero faltaba la protección de los derechos extrapatrimoniales cuya consagración fue obra del reconocimiento en la Constitución Nacional de 1994, que declaró que los tratados y pactos internacionales tienen fuerza superior a las leyes. Y entre ellos la “Convención Internacional de Derechos Humanos” : derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, así como el derecho a la salud en el ámbito de las relaciones de consumo; el derecho a la privacidad que comprende los papeles, la correspondencia, la inviolabilidad del domicilio.

Y así, a través de la consagración sustantiva por el art.43 de la Constitución Nacional, se crearon procedimientos abreviados y urgentes (**acción de amparo**) para evitar la consumación de los **daños a la persona**

Y la jurisprudencia **ha protegido**, :

- a) **la esfera privada**. El juez puede obligar a cesar en su actividad a quien se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro con sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su identidad.
- b) **la protección de la esfera autoral**: en el caso de la propiedad intelectual, los jueces podrán ordenar la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico, etc, para proteger eficazmente los derechos de autor.
- c) **el trato discriminatorio**: la ley 23.502 dispone que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o menoscabe el ejercicio de derechos, sobre bases igualitarias será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o a cesar en su realización.

Con la reforma constitucional de 1994, la **prevención** como capítulo de la responsabilidad civil en materia medioambiental, adquirió rango constitucional. El art.43 de la C.N. al consagrar la “**acción de amparo**”, contiene un párrafo específico referido a los “**derechos que protegen el ambiente**” y los “**derechos**

de **incidencia colectiva**”, autorizando a reclamar protección sólo ante la **“amenaza”** del daño.

Los mecanismos procesales para evitar o cesar tales daños : “tutela inhibitoria”, podrán concretarse en mandatos de no innovar o mediante la acción de amparo que, es una medida expedita y sumaria que puede tramitar ante cualquier juez.

### **La autonomía de la “protección inhibitoria” respecto de la acción indemnizatoria.**

La protección de los derechos que se logra mediante la acción rápida inhibitoria es absolutamente independiente de la acción resarcitoria: la primera se anticipa al daño, la segunda pretende la indemnización del daño ya sufrido.

### **Presupuestos de la protección inhibitoria, desde el plano del derecho sustantivo**

Los autores de Italia y Brasil se dedicaron al tema intentando construir una TEORÍA DE LA PREVENCIÓN independiente del derecho de la responsabilidad civil, analizando cuáles serían los presupuestos de hecho de ese mecanismo de protección: ilicitud?, daño? atribución como culpa o dolo? relación de causalidad?

Con respecto a la **ilicitud**, es posible explicar que existe un **ilícito de lesión** o un **ilícito en el peligro** (que son las amenazas de lesión de un derecho) Como se trata de verdaderos ilícitos se aplica la teoría general y esos delitos de peligro habilitan la posibilidad material de detener la actividad antes que el daño comience a generarse.

El resto de los elementos de la responsabilidad civil, no serían aplicables: no hay **daño** porque la tutela inhibitoria funciona –justamente- antes que el daño comience a producirse, ni tampoco el **dolo o la culpa**, porque sería inadecuado hacer una valoración de la conducta que aún no ha comenzado a generarse.

Como la finalidad de la acción inhibitoria es preventiva se concreta en órdenes que apuntan a frenar, a detener una actividad, por ello la sentencia dispone de dos tipos de condena: obligaciones de hacer o de no hacer.

**Mandatos de no hacer:** la jurisprudencia, ordenó, entre otros: el cese de una terapia que prolongaba innecesariamente, fozadamente, la vida de un enfermo terminal.

La prohibición de seguir difundiendo una publicación injuriosa.

Cesar una campaña publicitaria

#### **Obligaciones de hacer:**

El restablecimiento de servicios médicos o medicamentos perentorios, que habían sido injustamente suspendidos, necesitados por enfermos graves.

El retiro del mercado de productos defectuosos.

El retiro de circulación de publicaciones injuriosas.

La reincorporación de un alumno injustamente suspendido.

Restablecimiento del servicio de agua potable, y del servicio telefónico

### **PREVENCIÓN ANTES QUE REPARACIÓN**

Es una larga discusión en la doctrina jurídica si el instituto de la responsabilidad civil sólo se utiliza para reparar el daño ya ocasionado (como lo sostiene el derecho francés), o debe adelantarse a ese momento, para evitarlo o minimizarlo.

La Ley 26.944/2014 adopta la prevención y lo deja planteado en el primero de los artículos de la sección 1ª al describir las **funciones de la responsabilidad civil** que son (art.1708): “prevención del daño y su reparación”

El deber de prevención descrito en el art.1710, dentro de la sección 2da.del título V alude a la **función preventiva** y su correlativa **punición excesiva**.

Se debe interpretar, en relación a esa función de **prevención**, que constituye un deber nuevo que impone el ordenamiento a toda persona, para que actúe en cuanto de ella dependa (art.1710), evitando causar un daño no justificado (inc.a), o adoptando de buenas fe y conforme a las circunstancias las medidas para que el daño no se produzca (inc.b), o disminuya su magnitud.

Del mismo modo ordena en el inc.c) la obligación de “no agravar el daño, si ya se produjo”

Esta es la gran novedad del Código Civil y Comercial ley 26.994/2014 en cuanto las funciones de la responsabilidad civil: no sólo reparar el daño, sino prevenirlo y evitarlo, y su aplicación será útil e imprescindible en materia de prevención del daño ambiental y de daños al consumidor o usuario;

El art.1711 que describe la **acción preventiva** es la norma de cierre, la que pone una consecuencia jurídica al comportamiento egoísta y desatento respecto de los bienes ajenos. Si no existieran los arts. 1711 y sgtes., el capítulo de prevención sería sólo una recomendación, un consejo.

Correlativamente, la figura de la sanción pecuniaria disuasiva fue consagrada por primera vez en nuestro país, en el art.52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) para quien actúa con grave menosprecio a los derechos del consumidor, se trate de bienes individuales o de incidencia colectiva.

El maestro Atilio A.Alterini, quien fuera autor del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, recuerda todos los antecedentes doctrinarios que aceptan la multa civil, entre ellos, las conclusiones de las “XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Santa Fe 1999, ...”el instituto de la pena privada no es ajena nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal, los intereses punitivos, *astreintes*, entre otros...”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> ALTERINI, Atilio A. “La reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en “Reforma a la ley de Defensa del Consumidor” VAZQUEZ FERREYRA Roberto (dir), abril 2008, p.18

Pensemos en el cuidado del ambiente, en los bienes colectivos que tiene derecho a disfrutar la sociedad. En cuanto a la filosofía que inspira la función preventiva ya se encuentra en los fundamentos de ese Proyecto “la teoría de la prevención del daño es protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución *ex ante* en vez de una respuesta *ex post* como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido”...

Otra órbita a la que se extiende esta función preventiva es la de los daños a la persona, que, si bien, no están contemplados expresamente en la redacción del art. 1710, no dudamos que la jurisprudencia los adoptará, en tanto la lesión a los derechos personalísimos entraña la imposible reposición al estado anterior al ataque dañoso, y constituye una rama del derecho de daños a la que cabría, por su función, la aplicación de la acción preventiva del art. 1711.

La norma de prevención del daño podrá aplicarse en los supuestos de injurias, en la responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. En esa órbita, suelen deliberadamente publicarse noticias falsas, lesivas al honor o reputación de los protagonistas de las noticias, especulándose con el beneficio económico que tal información pueda proporcionar, aun *teniendo que soportar el pago de eventuales indemnizaciones* (Trigo Represas citando a Pizarro)

La acción preventiva trasciende la indemnización e incorpora un rubro que es de naturaleza "multa", pero –en este caso- la sanción se aplicaría en determinadas condiciones que no harían excesiva ni duplicaría la justa recomposición del daño.

En primer lugar, la acción preventiva se da *cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...*” en el marco de la prevención del daño y funciona como una advertencia, para la conducta reprochable que actúa con grave indiferencia sobre los bienes colectivos.

Su naturaleza es punitiva pero anticipatoria del daño; servirá como llamado de atención o alerta, a quien no cuide los bienes ajenos, cobijándose en la falta de norma que le obligue a cumplir con la conducta preventiva. Ahora, sí; quien actúe con grave indiferencia a los derechos colectivos, se hará cargo de su conducta antisocial y transgresora.

El fundamento de la obligación de prevenir se encuentra en la Constitución Nacional en su art.43.

Tanto el daño ambiental como los daños al consumidor o usuario no reconocen fronteras geográficas, lo que ha llevado al conjunto de las naciones, a una acción conjunta. La política ambiental o de derecho del consumo de un país

puede acarrear graves perjuicios para el vecino, lo que constituye una de las razones de su internacionalidad.<sup>4</sup>

Felizmente, la reforma de 1994 lo proclama enfáticamente como *derecho* y como *deber* en el nuevo artículo 41:

En materia de protección ambiental, se pone el acento en la prevención y evitación de los daños, antes que éstos comiencen a verificarse

En nuestro país se resalta la necesidad de *acciones preventivas* con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia.

El artículo 41, parte 2ª, de la CN proclama:

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales"

El art.42, CN contiene, también, normas precisas para la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores de bienes o servicios. Esta consagración constitucional, contempla también los mecanismos adecuados para hacer efectiva la prevención del daño ambiental.

En materia de prevención de daños se amplían los legitimados activos.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil era un conflicto entre personas individualizadas; hoy se ha ampliado la nómina de actores y la legitimación concierne: *al afectado, al representante del pueblo (ombudsman en C.A.B.A.), al Ministerio Público, a las asociaciones, entidades cívicas que nuclean a la comunidad: tendientes a la protección de los intereses difusos.* Ésta es la novedad de nuestro tiempo.

Morello y Stiglitz<sup>5</sup> sintetizan las nuevas categorías de legitimados activos, que responden a : *intereses difusos*: los que tiene una comunidad para conservar - por ejemplo- su flora, su fauna, la calidad de su entorno...Los "intereses difusos" son supra individuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular sino el provecho general o grupal.-.

*intereses colectivos*: los que detenta un grupo determinado de habitantes, por ejemplo los consumidores, la colectividad de determinado barrio,..que pretenden evitar un daño a su interés.-

---

<sup>4</sup> En ese sentido, el primer programa de acción en materia de medio ambiente, del Consejo de Comunidades Europeas de 1973, ha fijado como objetivo: "Prevenir, reducir y suprimir –en la medida de lo posible- la contaminación ambiental; mantener un equilibrio ecológico satisfactorio; evitar toda explotación de los recursos y del medio natural; orientar el desarrollo hacia una mejora en las condiciones de vida"

<sup>5</sup> MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A- "*Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos*", Platense, La Plata, 1986.

Actualmente se reconocen estas acciones difusas o colectivas que pueden coexistir con un derecho particular conculcado.

El art.43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a los legitimados activos colectivos y difusos, y en consonancia con la Carta Magna el art.1712 del CCC otorga legitimación para prevenir “*a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño*”<sup>6</sup>

Se produce en el mundo una expansión de graves daños ambientales que nos pone frente a la atención de nuevos daños con connotaciones particulares de la época que vivimos. Me refiero a la globalización de los daños y la mezquina solución que pueden darle nuestras leyes de fondo ante la transfronterización de las secuelas.

Este es el gran tema de hoy con proyecciones para el futuro, donde el derecho interno no alcanza a pesar de los estatutos particulares, por ejemplo, de defensa al consumidor, o la ley general del ambiente, o una regulación local del uso de la Internet.

El daño se globalizó... las técnicas se desarrollaron de modo que el derecho no llega a contenerlas y atraparlas en el tiempo y los mecanismos de respuesta ante el daño consumado, son ineficaces.

Por eso, la responsabilidad civil se adelanta a la producción de los daños y hoy todos los profesores de derecho privado hablamos de tutela preventiva, tutela inhibitoria y recordamos al maestro Morello cuando predicaba la íntima relación entre el derecho sustantivo y el proceso.

La visión actual pone en el centro del debate los dos grandes temas imperiosos de nuestros días: la prevención antes que la consumación del daño y la necesidad de la solución internacional o comunitaria.

El ansia de abrazar y contener toda la temporalidad es una misión casi imposible: podemos describir lo hechos de hoy, pero el futuro se nos escapa y la sociedad de la información crece con consignas para las que no hay capacidad de registro y procesamiento.

Por ello, me queda la íntima duda si el derecho positivo tal como está planteado es útil en nuestros días o, por el contrario, tendríamos que recurrir a fórmulas generales del derecho y tender hacia un derecho privado unificado en las reglas elementales y principios rectores. Quizá sea utópico pero un contrato social sobre los puntos de coincidencia puede ser la solución básica para este derecho de daños expandido intraculturalmente.

---

<sup>6</sup> Un antecedente importante fue el encuentro de civilistas en materia de daño ambiental que tuvo lugar en Mar del Plata en 1992 en las "II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros", con la presidencia de los Dres. Roberto M. López Cabana y Carlos Parellada, dictaminaron: "En materia de daño ambiental es manifiesta la necesidad de acciones preventivas, con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia".



### **CONCLUSIONES**

1. La PREVENCIÓN es el gran tema del nuevo Derecho de Daños
- 2.-Es indispensable su aplicación a ciertos derechos de contenido no patrimonial como los daños a la persona y a los bienes de incidencia colectiva
- 3.- La prevención antes que la consumación del daño y la necesidad de la solución internacional o comunitaria.
- 4.- Desde el derecho administrativo... al derecho privado.
- 5.-La prevención tiene raíz constitucional en los arts. 41, 42, 43 CN y art. 75 inc.22 tratados y pactos internacionales: derecho a la vida, a la integridad física, derecho a la salud
- 6.- El Cód.Civil y Comercial ley 26.944 art. 1708 funciones de la responsabilidad civil: prevención y resarcimiento

Dra. Graciela Messina de Estrella Gutiérrez