

# **PONENCIA “LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL”.**

**Para la COMISION N. 4. Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”.**

**AUTOR: VALERIA MORENO, DNI 21.501.590, Especialista en Derecho Civil, Profesor adjunto de Derecho Civil II, cátedra II, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.**

**I. Introducción.**

**II. Justificación de la inclusión de la Prevención como función de la responsabilidad civil.**

**III. Límites y razonabilidad de la restricción impuesta sobre el destinatario de la medida preventivas. El artículo 1713 del C.C.y Com de la la Nación. Tensión de intereses.**

## **ABSTRACT:**

**1ra. Afirmación:** La Función Preventiva es una Función Normativa de la Responsabilidad civil. No es de modo alguno privativa del Derecho Penal o Administrativo.

**2da. Afirmación:** La función Preventiva no tiene relación directa y necesaria con la función Punitiva o Sancionatoria. Puede existir la primera sin la segunda.

**3ra. Afirmación:** La Función Sancionatoria no se ubica en el ámbito de la Responsabilidad civil en Argentina, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado.

**4ta. Afirmación:** al lado de la Prevención como un impulso psicológico, aparece la Prevención como actividad racional: si los costes de la prevención se mantienen en niveles adecuados y los paga quien razonablemente debe hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de costes de los accidentes.

**5ta. Afirmación:** El nuevo Código Civil y Comercial ha dado un importante paso en miras a la Prevención, admitiendo un deber general y genérico, y adecuando la normativa a las demandas de una sociedad con mayores riesgos, mayor consumo, criterios de solidaridad y concurrencia en la responsabilidad, y la incidencia colectiva del daño.

**6ta. Afirmación:** La viabilidad de la acción preventiva del art. 1713 del C.C.y C.N. exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse tal peligro.

La tensión de intereses deberá ser apreciada por el Juez intentando no gravar excesivamente la libertad ajena. Para ellos el magistrado al momento de evaluar los derechos e intereses en pugna, habrá de atender a los principios y la prelación valorativa que surge de la interpretación del nuevo Código Civil y Comercial. De modo que debe tutelar, bajo una concepción humanista, los derechos fundamentales de la personalidad y los de incidencia colectiva. La protección de la persona ha de prevalecer por sobre el patrimonio. La atendibilidad del derecho a la seguridad y los derechos de las personas a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, al honor y a la privacidad. Los derechos de incidencia colectiva, que pueden sobreponerse a los derechos individuales.

## **I. Introducción**

La función preventiva en la responsabilidad civil tiene enorme importancia en la vida moderna, por la concentración de la población en grandes centros urbanos y la potenciación de los medios de mecanización que multiplican las ocasiones de daños.

El ordenamiento jurídico previene los daños de una doble manera: ante todo, imponiendo medidas materiales para que se verifique (vg. ordenando la obligatoriedad de dispositivos de seguridad en las máquinas, pruebas de vehículos para circular); y por otra parte, con la acción psicológica intimidadora que genera en los individuos el conocimiento de la reacción jurídica ante el acaecimiento del perjuicio. Hay un reflejo preventivo que implica la reacción posterior del ordenamiento jurídico por causa del daño mismo; es decir, de la represión que se producirá en el supuesto de tener lugar.

La prevención del daño se da en los casos de temor fundado al perjuicio, pero también cuando se está desarrollando una actividad que implica un auténtico peligro de daño, que ya tiene efectos lesivos, donde la prevención se encamina a contrarrestar el desarrollo del daño para lograr que cese dicha actividad. Aquí el remedio consiste en detener el perjuicio que se está concretando. El perjudicado podrá obtener, además del resarcimiento por el daño acaecido, la intervención judicial para evitar su prosecución.

## **II. Justificación de la inclusión de la Prevención como función de la responsabilidad civil**

### **A) FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

El Derecho de daños de las últimas décadas ya no gira en torno al dañador. El protagonista ya no es el que causa un daño a otro; sino ese otro: la víctima del daño extracontractual o contractual causado. Interesa que la reparación del daño se produzca, y asistimos a un relativamente nuevo principio general de nuestro Derecho, formulado como “favor victimae”

o principio “pro damnato”. La defensa o protección de los débiles, como afirmaba Josserand, es la preocupación del Derecho actual.

La protección a la víctima, avala antes la prevención a la reparación.

Entiendo que no hay razón alguna que justifique e impida al Derecho privado, y al civil en particular, cumplir la misión preventiva. Y no ya como un efecto secundario de la reparación del daño, sino como una finalidad primaria y directa de la responsabilidad civil.

No desconozco los escollos existentes para llamar responsabilidad a algo distinto de la reparación-resarcimiento del perjuicio. Responsabilidad es un *posterior*, mientras que la idea de prevención requiere de un *prius* que cuesta encuadrar en el aquel concepto.

Porqué pensar que el principio general “*alterum non laedere*” debe traducirse exclusivamente en la regla “el que daña repara”. De ese viejo principio, también deriva el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. No dañar, incluye el deber de abstenerse de causar daños. Y es en este entendimiento que adherimos a una doble manifestación de la responsabilidad civil: la inhibición del daño amenazante; y la responsabilidad por el daño irrogado: La tutela inhibitoria y la tutela resarcitoria.

La FUNCION PREVENTIVA cumple actualmente en el derecho civil argentino, una FUNCIÓN NORMATIVA, que se expresa en los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Concordamos con quienes sostienen la “multifuncionalidad de la responsabilidad civil”

Además de la función INDEMNIZATORIA:

- Comprende una función DEMARCATORIA: en cuanto existe una tensión entre la protección de determinados bienes e intereses, por una parte, y la libertad de actuación de los sujetos, por la otra (Diez Picazo)

- Una función COMPENSATORIA, es decir, la finalidad resarcitoria propia de la responsabilidad civil.

- Una función DISTRIBUTIVA de la estimación económica del daño, mediante la indemnización *-ex post-* que se integra con la transferencia de recursos del dañado a la víctima; o *ex ante* en el caso de la contratación de un seguro (Salvador-Castiñeira)

- Una función PREVENTIVA, para evitar o al menos minimizar el coste de los accidentes, a partir de comportamientos precavidos (Guido Calabressi). Una *prevención general*, donde el que no fué precavido deberá compensar; y una *prevención específica*, en tanto a consecuencia de ello decidirá ser precavido en el futuro.

- Mas discutida, una posible función PUNITIVA, para reprochar o castigar los comportamientos dañosos mediante la indemnización.

- Y una función SATISFACTIVA, que busca la satisfacción de la víctima, y por el contrario, la

expiación del dañador. La responsabilidad como una reacción frente al daño “injusto” (Fischer).

## B) ESCINDENCIA DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y LA PUNITIVA.

Es necesario en este punto del análisis, acudir a una afirmación: La función preventiva poco o nada tiene que ver con la función punitiva (Llamas Pombo).

El Derecho civil perfectamente puede cumplir una FUNCIÓN PREVENTIVA sin necesidad de acudir al castigo, lo que queda absolutamente fuera de su ámbito de aplicación.

Y así es en nuestro Código Civil y Comercial actual, tal como quedó en vigencia: hay una función PREVENTIVA establecida en el Título V Capítulo 1 “Responsabilidad civil” Sección 2da. Y no quedó incorporada de manera normativa, la función PUNITIVA. Salvador - Castiñeira de manera categórica expresan: “Prevenir y Castigar” no son sinónimos. Si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto.

El establecimiento forzoso de medidas conducentes a la evitación de un daño amenazante, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar conductas determinadas, no tiene relación necesaria con la punición o el castigo. O por lo menos, no más que la condena a la obligación de indemnizar un daño ya causado (Llamas Pombo).

La FUNCIÓN PUNITIVA estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, la evolución del Derecho Europeo Continental ha mostrado una absoluta independencia de las FUNCIONES INDEMNIZATORIA Y PUNITIVA. La punición ha quedado reservada a los ámbitos normativos del Derecho Penal y en el denominado Derecho Administrativo Sancionador.

En ciertos ordenamientos es bien sabido que los daños punitivos acompañan la indemnización. Así ocurre en el Derecho Anglosajón. La jurisprudencia inglesa ha incorporado los *punitives damages* en los siguientes casos: Cuando hay una disposición legal que lo autorice (como ocurre con los derechos de autor en Inglaterra); cuando se trate de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público que vulnera un derecho fundamental del ciudadano; cuando el autor del ilícito actuó evaluando que la utilidad de su conducta dañosa será mayor a la indemnización debida por el damnificado (Aída Kemelmajer de Carlucci, autora que ha alcanzado a percibir de manera exacta el problema de incorporar los daños punitivos al Derecho Civil Argentino. Otro de los autores que ha profundizado en el tema es Ramón Daniel Pizarro que se cuestiona si es trasladable a nuestro derecho el sistema estadounidense, y concluye que es admisible sólo en ciertos y particulares ilícitos).

El sistema argentino de responsabilidad civil gira en torno a la reparación del daños

efectivamente causado y no admite la FUNCION SANCIONATORIA por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado.

### C) FUNDAMENTO JURÍDICO-ECONÓMICO DE LA PREVENCIÓN

La prevención, a la vez que tiene su origen en un ideal humanista, se ha considerado eficiente desde el punto de vista económico (Calabressi; Díez Picazo).

El objetivo perseguido por quienes realizan un análisis económico del Derecho de Daños, es lograr la reducción al mínimo del “coste de los accidentes”. Optimizar el coste implica que las indemnizaciones no resulten económicamente inferiores a los costes de prevención (lo que implicaría un derroche de recursos preventivos) ni que resulten superiores a éstos (ya que curar sería mas gravoso que prevenir).

Los criterios económicos aplicados al análisis del Derecho, llevan a concluir que si no se invierte lo suficiente en prevenir, acaba resultando altamente costoso a largo plazo.

Y en el análisis económico, baste con recurrir a las ideas de Guido Calabressi: asignar previa determinación, el coste de los accidentes al ejercicio de las actividades que los causan, imputando el pago de dicho coste a quienes realicen esas actividades. Con ello se persigue el efecto de la “*prevención general*” de los daños a través del mercado y el sistema de precios. El mayor precio de la actividad disuade a posibles dañadores y asimismo, convierte en rentable la inversión en prevención.

Si se habla de prevención como un impulso psicológico del ciudadano, que reconecedor de la norma tratará de evitar las consecuencias desfavorables que resultarían de su aplicación, ello encuadraría en la *prevención general*. Y si no fué precavido y por ello, fué condenado a indemnizar, la *prevención especial* existe porque influye en las acciones futuras de esa persona (Díez Picazo).

Es decir, que al lado de la prevención como un impulso psicológico, aparece la prevención como actividad racional: si los costes de la prevención se mantienen en niveles adecuados y los paga quien razonablemente debe hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de costes de los accidentes.

### D) OBJECIONES A LA PREVENCIÓN. SU IMPROCEDENCIA

Hay importantes posturas adversas a la admisión de la prevención como función normativa de la responsabilidad civil. Y en esa línea encontramos, con lúcidas observaciones, a juristas de la talla de Pantaleón Prieto en el Derecho español. En el caso del autor español, afirma sin dudar que ninguna de las características de la responsabilidad extracontractual se compadecen

con la función preventiva. Y si bien el citado autor se refiere al ordenamiento jurídico español, sus argumentos tienen importantes y son seguidos por destacados juristas argentinos (Bueres). Pantaleón señala que lo consustancial de la responsabilidad civil es que precisamente es el perjudicado quien recibe la indemnización. Y que la pretendida función preventiva se disuelve en expresiones retóricas. Considera que esa labor es privativa del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Objeta y cuestiona con dureza el análisis económico del derecho.

Considero que el tradicional principio "*alterum non laedere*" ha sido aplicado siempre desde la óptica del causante del daño. Sin embargo, es necesario pensar que desde el lugar de la víctima, hoy asistimos a un "derecho a la indemnidad" que es oponible *erga omnes* y que además, queda comprendido en el principio general de no dañar al que nos hemos referido. Si el derecho civil ha incluido medidas preventivas, tales como la acción de daño temido, los interdictos posesorios, las acciones negatorias, cuál sería la razón de no incluir ese "derecho de indemnidad" dentro de la protección del Derecho de Daños cuando se trata de bienes y derechos fundamentales de la personalidad. Derechos que por otra parte tiene categoría de fundamentales para nuestra Constitución Nacional. Las ideas de Solidaridad Social, de protección a los intereses generales y colectivos, la socialización del derecho, no resulta hoy privativas del Derecho Público. No hay contradicción axiológica con el Derecho Privado. Por qué habremos de permanecer inertes frente a la demanda que los nuevos tiempos requieren y reservar para el Derecho Civil solamente la respuesta reparadora de los daños.

Cuál es la razón justificante para excluir del ámbito de protección civil las situaciones donde es inminente la producción de un daño, su repetición, o el agravamiento del perjuicio que ya se ha manifestado.

Y aún cuando puedan existir objeciones a los puntos de vista jurídicos economicistas de aquellos que reducen la prevención a un análisis económico, no debe perderse de vista en mi opinión, que la incorporación normativa de la prevención en el Código Civil y Comercial responde a un principio protectorio que excede la perspectiva del cálculo de costes y abarca un criterio humanista y solidarista propio del moderno Derecho de Daños.

Siempre hay y habrá cuestiones sobre las que debatir. Y de hecho en este trabajo propongo una interpretación a lo previsto con relación a la sentencia en la acción preventiva del art. 1713 del C.Civ. Y Com.

Considero que la reforma ha dado un importante paso en miras a la Prevención, admitiendo un deber general y genérico, y adecuando la normativa a las demandas de una sociedad con mayores riesgos, mayor consumo, criterios de solidaridad y concurrencia en la responsabilidad, y la incidencia colectiva del daño.

### **III. Límites y razonabilidad de la restricción impuesta sobre el destinatario de la medida preventivas: El artículo 1713 del C.C.y Com de la la Nación.**

#### **Tensión de intereses.**

Desde el punto de vista de la víctima del daño, y como lo hemos fundamentado, la prevención cumple una función normativa fundamental en el Derecho de Daños.

No desconocemos que actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión a un interés por la mera circunstancia de que exista un mero peligro; dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse tal peligro.

La función preventiva presupone la violación a la esfera jurídica del sujeto por el posible peligro o el temor a la violación o lesión de la esfera jurídica del sujeto. Si hay daño cierto se impone la tutela represiva del interés lesionado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios. Pero si tal certeza aún no se ha producido, se puede acudir a la tutela preventiva y reclamar las medidas necesarias para evitarlo, dentro de los límites que permita la exigencia de no gravar excesivamente la libertad ajena.

Como afirma De Cupis, “la tutela preventiva es más enérgica pero también más problemática; un ordenamiento jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás.”

Considero necesaria la existencia de una Función Preventiva en el moderno Derecho de Daños: medidas o procedimientos dirigidos a impedir la realización del perjuicio; a la vez que sostengo la necesidad de respetar las limitaciones previstas en el Derecho Positivo.

Y en este sentido, me referiré a lo dispuesto en el artículo 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, al tratar la sentencia que admite la acción preventiva.

El artículo en estudio exige al Juez en la sentencia “*ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad* (preventiva)”.

Y entonces cabe preguntarse qué parámetros habrá de tener en consideración el Juez que hace lugar a la acción preventiva. Cuáles son los principios que aplicará para sortear la tensión de intereses puestos en juego. Por una parte, los legitimados para reclamar en la medida que acrediten un interés razonable en la prevención del daño (artículo 1712 del C.C.y C.N.). Por otra parte, aquellos que con su acción u omisión antijurídica hagan previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (artículo 1711 del C.C.y C.N.).

En los últimos tiempo se ha puesto en tela de juicio, tanto en nuestro ordenamiento jurídico

como en el Derecho Comparado especialmente el español, la aptitud de los Organos Judiciales para convertirse en agencias de gestión de los presupuestos normativos; con los escasos límites que imponen las normas generales del Derecho Privado a los criterios de “razonabilidad” judicial (Diez Picazo, De Angel Yaguez).

Es necesario entonces, ahondar en los parámetros que imponen las normas a la admisibilidad preventiva. Debe atenderse a los siguientes puntos:

- el objeto que persigue la sentencia;
- la medida y razonabilidad de las medidas preventivas que se adopten,
- la atendibilidad de los derechos en pugna.

El objeto de la sentencia que hace lugar a la prevención, es impedir la producción del daño o bien, evitar el agravamiento cuando el daño se encuentra en curso. De acuerdo a las circunstancias, el juez podrá detener o frenar un hecho, hacer cesar una actividad, asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer o de no hacer. Es necesario que el juez actúe con criterios de razonabilidad. Entonces nos preguntamos: ¿Cuál es el juicio de ponderación que habrá de realizar el sentenciante, si debe seguir un criterio de “la menor restricción posible del derecho” que habrá de limitar con su orden preventiva?

Esa restricción ¿tendrá lugar en miras a la eficacia del resultado perseguido, y además, deberá considerar principios jurídicos superiores en los que se sustenta el nuevo Código Civil y Comercial?.

Considero que el magistrado al momento de evaluar los derechos e intereses en pugna, habrá de atender a los principios y la prelación valorativa que surge de la interpretación del nuevo Código.

En los fundamentos al anteproyecto de Código civil y Comercial, se ha expresado la necesidad de atender a la tutela de derechos fundamentales, tales como los derechos de la personalidad y los derechos de incidencia colectiva.

Hay una concepción humanista que hace prevalecer los derechos extrapatrimoniales por sobre los puramente patrimoniales. La protección de la persona por sobre el patrimonio.

Los derechos básicos de la personalidad, también denominados personalísimos, como el honor o la privacidad, desempeñan un rol fundamental en las bases jurídicas de nuestro Código.

La atendibilidad del derecho a la seguridad y los derechos de las personas a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica.

El principio de la buena fé, y los deberes de cuidado y previsión.

Los derechos de incidencia colectiva, que pueden sobreponerse a los derechos individuales.

Sobre la base de estos principios, es necesario que los magistrados meritúen los criterios de



menor restricción posible a la esfera jurídica ajena, cuando de hacer lugar a la acción preventiva se trata.

No basta con criterios de “razonabilidad” judicial o de evaluaciones particulares de los jueces para cada caso concreto. Ello sin dudas es necesario. Pero esos criterios deben encontrar un fundamento normativo, de manera que al momento de prevenir y dar preeminencia a unos derechos por sobre otros, se tengan en consideración los Principios de la Responsabilidad Civil que emergen de nuestro Ordenamiento Jurídico Privado.

#### **BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:**

BUERES, Alberto J., “*La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012*”, Revista Jurídica La Ley -Thomson Reuters -, 18/02/2013.

CALABRESSI, Guido, “*El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*”, Ariel Derecho, Barcelona, 1984.

DE ANGEL YAGUEZ, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Civitas-U.d., Madrid, 1993.

DE CUPIS, “*El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil.*” Traducción de la 2da de Italiana por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.

DIEZ PICAZO, “*Derecho de Daños*”, Civitas, Madrid, 1999.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino?”, en Anales, Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVIII, N° 31, 1993.

LLAMAS POMBO, Eugenio, “*Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*”, en Juan Antonio Moreno Martínez, “*La responsabilidad civil y su problemática actual,*” Dykinson, Madrid, 2007.

LORENZETTI, “*La tutela civil inhibitoria*”, La Ley Argentina, 1995.

PANTALEON PRIETO, Fernando, “*Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)*”,

PIZARRO, Ramon Daniel, “*Daños punitivos*”, en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Félix A. Trigo Represas. Segunda parte, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

SALVADOR, C. - CASTIÑEIRA, P. “ *Prevenir y castigar*”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SANTOS BRIZ, Jaime, “*Derecho de Daños*” editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.