

PONENCIA: LA PREVENCIÓN DEL DAÑO. LA NECESARIA DESVINCULACION CON EL DAÑO PUNITIVO

Profesor VALERIA MORENO

COMISIÓN NUMERO 4 DERECHO DE DAÑOS

AFIRMACIONES DEL PONENTE :

1. Los principios de Prevención y Reparación de los daños, son necesariamente complementarios y no antitéticos.
2. La reparación de los daños por sí sola resulta insuficiente e ineficiente en la realidad actual del Derecho de Daños.
3. Con la Prevención se intenta minimizar los costos de la reparación incentivando comportamientos eficientemente precavidos.
4. Es necesario desvincular la de Prevención de los Daños del Daño Punitivo.
5. Es necesario distinguir las INDEMNIZACIONES patrimoniales DISUASIVAS de las INDEMNIZACIONES PUNITIVAS. El Código Civil y Comercial no contempla sanciones disuasivas (como sí lo hacía el Proyecto de Código) ni indemnizaciones punitivas.
7. Las medidas judiciales de dar, hacer y no hacer, deben aplicarse con las limitaciones y la razonabilidad necesaria para la menor restricción de la libertad del potencial dañador.
8. No hay razones justificantes como tampoco hay necesidad de importar las nociones de indemnizaciones sancionatorias previstas en el Common Law.

INTRODUCCIÓN:

Entre los detractores de la Prevención como función del Derecho de Daños se sostiene que el Derecho Civil no puede ni debe ocuparse de la evitación de los perjuicios por que tal función corresponde al Derecho Penal o al Administrativo Sancionador. Ello no es así, es necesario desvincular la idea de prevenir con la de punir.

Los principios de Prevención y Reparación de daños son necesariamente complementarios u no antitéticos.

La reparación de los daños por sí sola resulta insuficiente e ineficiente en la realidad actual

del Derecho de Daños. El Derecho civil no debe renunciar a la Prevención, es decir, a la protección “ex ante” de las personas y los bienes; bajo la premisa de que sólo ha de limitarse a esperar que el daño se concrete.

Con la Prevención se intenta minimizar los costos de la reparación incentivando comportamientos eficientemente precavidos.

No se trata de negar la tradicional función reparatoria de la Responsabilidad civil ni tampoco de sustituirla con sanciones ejemplares. Se trata de integrar las funciones en la búsqueda de un sistema que sea económicamente más eficiente y la reafirmación del principio jurídico esencial en nuestro derecho: no dañar a los demás “*neminem non laedere*” (Ulpiano). Entiendo que el Derecho de Daños debe contribuir a minimizar la cantidad y gravedad de los perjuicios acaecidos en la vida moderna.

No hay razones justificantes como tampoco hay necesidad de importar las nociones de indemnizaciones sancionatorias previstas en el Common Law.

Es necesario distinguir las INDEMNIZACIONES DISUASIVAS de las INDEMNIZACIONES PUNITIVAS.

Es cierto que las indemnizaciones tienen un efecto preventivo y disuasorio de conductas potencialmente dañosas. Pero la disuasión no implica necesariamente castigo o punición. La indemnización tiene el efecto social de disuadir, pero no en el sentido de castigo que le imprime el Derecho Penal o del Administrativo cuando recurre a la punición.

LA FUNCION PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS

En doctrina continúan el debate para llamar “Responsabilidad” a algo distinto a la Reparación-Resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño. La idea de prevención requiere un *prius* que no se ubica en forma pacífica en aquel concepto.

Sostenemos que del conocido principio “*alterum non laedere*” se puede derivar también el deber de adoptar las debidas diligencias para prevenir la producción de los daños. Es decir, se trata de “no dañar” pero también de “evitar que los daños se produzcan”. El moderno Derecho de Daños se construye con la incorporación de estas nociones preventivas

La expansión de la responsabilidad hacia la tutela de nuevos intereses no ha sido en efecto, indolora, sino que ha sometido a la institución a fortísimas tensiones evolutivas que en muchas ocasiones han determinado un cambio de las propias reglas y cánones de fondo de

la responsabilidad civil.

Como sostiene el jurista español Llamas Pombo, el moderno Derecho de Daño ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas: a) la inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la tutela civil inhibitoria y b) la responsabilidad por el daño irrogado, la reparación mediante la llamada tutela resarcitoria.

El desplazamiento que se ha producido en el Derecho de Daños, que ya no gira en torno al dañador sino a la víctima, avala antes la *prevención* que la *reparación*. El principio *alterum non laedere* no deja de mirar la realidad desde la óptica del dañador, destinatario de la prohibición de perjudicar.

El Derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”

El derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo o la punición. *Prevenir y Castigar* no son expresiones sinónimas; si bien castigar importa prevenir no ocurre lo mismo en sentido inverso.

Se sostiene también que la función preventiva cumple un rol eficiente desde el punto de vista económico: El objetivo central del Derecho de Daños es reducir al mínimo el “coste de los accidentes”

LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN CONJUNTAMENTE CON LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

El principio de reparación tiene en consideración la posición del damnificado con posterioridad a la producción del daño. Pero el daño producido ya no puede ser deshecho, únicamente puede trasladarse a otro. Las consecuencias del desplazamiento del daño no puede prescindir de toda función preventiva.

La protección de los derechos individuales y los bienes jurídicos frente a agresiones injustificadas en una de las funciones indiscutidas del derecho de la Responsabilidad civil.

Hay que tener en cuenta que los actos dañinos son indeseable porque disminuyen el bienestar de las personas. El daño corporal, moral y la destrucción de los bienes materiales generan pérdidas, y la persona que los ha sufrido debe recurrir a gastos para conseguir su

reparación; por eso es obvio que tiene un interés en su evitación y prevención. En la sociedad es preferente la evitación de los acontecimientos dañosos.

Sin lugar a dudas no se trata de evitar daños a toda costa o a cualquier precio. La prevención de los daños no es una función que aplicada, esté exenta de costes. No puede considerarse sin evaluar beneficios y erogaciones costosas. Es por ello que el coste de la evitación no puede exceder el de la reparación de los daños causados.

LA INNECESARIEDAD DE IMPORTAR LAS NOCIONES DE “PUNITIVE DAMAGES” DEL DERECHO ANGLOSAJÓN.

La figura de los Daños punitivos resulta extraña a la tradición jurídica en el campo del Derecho Civil. Una indemnización pecuniaria concedida al demandante en un pleito civil, como adicional e independiente de toda otra indemnización compensatoria, es a la que resulta condenado a pagar el demandado por resultar culpable de lesionar flagrantemente los derechos del actor.

Son indemnizaciones que en el ámbito del Derecho Anglosajón quedan reservadas a los casos en los cuales el jurado considera que el demandado casó el daño con malicia, intencionalidad. La conducta del demandado pone de manifiesto una desconsideración consiente, indiferente, maliciosa u opresia de los derechos e intereses del actor. Se conceden para castigar y prevenir, funciones casi del derecho criminal, que se ventilan en juicio por jurados y en un proceso que dista del aplicado en el derecho continental europeo.

La concesión de estos daños punitivos suele alcanzar un efecto ampliado en la opinión pública que va más allá del caso en particular.. El sistema de los *punitives damages* se encuentra funcionando en EEUU, e incluso la Corte ha declarado la constitucionalidad de los mismos, Así puede observarse en casos como *Vermont vs. Kelco Disponsal* (1989), *Pacific Mutual life insurances Co v. Haslip* (1991) *Honda Motor Co vs. Oberg* (1994) entre otros.

Son FUNCIONES concretas de los DAÑOS PUNITIVOS:

1. La disuasión, previenen la repetición de actos semejantes en el futuro;
2. Importancia, educan y proclaman su importancia y la de la condena de la lesión;
3. Se cree que compensan daños tan difíciles de reparar como los morales.
4. Retribuyen la libertad a la víctima que fué injustamente privada de autonomía;

5. Anima al reclamo, la existencia de un beneficio inesperado que no guarda relación con la cuantía del daño. La expectativa de obtener una elevada indemnización incentiva la litigación cuando los daños son elevados.
6. Los eventuales demandados saben que su eventual aplicación podría privarles de todo beneficio derivado de la comisión de las infracciones.

Las CRÍTICAS al sistema PUNITIVO:

1. Comparten la naturaleza de las penas de las multas penales pero no se imponen en un proceso que ofrezca garantías constitucionales para la imposición de sanciones;
2. Los jueces carecen de estándares precisos y legítimos para decidir imponerlos. Las indemnizaciones sancionatorias son imprevisibles;
3. Los jurados al momento de graduar los *punitive damages* manifiestan actitudes emocionales o ideológicas ajenas a la finalidad del sistema. Se observa cómo se fijan penas en función del patrimonio, la riqueza del demandado y no de la gravedad del perjuicio;
4. Por definición los *punitive damages* no son compensatorios, suponen para el actor un beneficio inesperado e inmerecido, y el contribuyente que paga el servicio público de la justicia se queda sin participación alguna en los beneficios económicos de lo que resulta ser una multa.
5. En los casos de daños causados a una pluralidad de personas, como ocurrió en los daños masivos, los primeros en pleitear podrían quedarse con una parte desproporcionada de recursos del demandado, o con todos, si éste tras el pleito se vuelve insolvente,
6. Lo imprevisible de la imposición de los punitivos y la posibilidad de montos elevados, sobreincentivan a actores potenciales que actúan en forma temeraria.

EL INTENTO DE INCORPORAR SANCIONES DISUASIVAS EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, del Poder Ejecutivo de la Nación fue edactado por la Comisión de reformas designada por decreto 191/2011 integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

En la Sección 2da del Cap. I del Título V “Otras fuentes de las Obligaciones” La responsabilidad civil, contemplaba la Función Preventiva y la Sanción Pecuniaria Disuasiva. En particular, en el art. 1714 trata la Sanción Pecuniaria Disuasiva: *“El juez tiene atribuciones para aplicar a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”*.

Considero necesario destacar que no estamos ante un típico daño punitivo tal como lo conocemos en la jurisprudencia anglosajona. Nótese que la terminología empleada fué precisamente la de “sanción pecuniaria disuasiva” y no la de “daño punitivo”. De modo que no corresponde asimilar ambas nociones

En primer lugar, porque apunta a la prevención de las conductas y no como indemnización agravada del daño.

En segundo lugar, porque sólo es concedida en los caso de quien actúa con grave menosprecio por los “derechos de incidencia colectiva” con lo que apunta a limitados casos de aplicación.

Y finalmente, prevé que el juez puede decidir el destino de la penalidad por resolución fundada, por lo que ese quantum no ingresa en el patrimonio del o los damnificados.

Esta norma quedó excluída del Código Civil y Comercial de la Nación vigente.

EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN TAL COMO ENTRÓ EN VIGENCIA

La función preventiva se encuentra prevista en el Título V del Libro III “Otras fuentes de las Obligaciones”, capítulo I “Responsabilidad civil”, Sección 2da. del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado con fecha 1ro. de octubre del año 2014.

El artículo 1710 prevé el *Deber de prevención del daño*. ...a) evitar causar un daño no justificado; ...b) adoptar de buena fé y conforme a las circunstancias, las medidas

razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud y... c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

El deber que emerge de la norma se enmarca en el principio de la *Buena Fé*. Se trata de un deber jurídico que tiene toda persona sin distinción fundado en el deber de no causar daño a los demás.

Cuando se habla del deber de toda persona “*en cuanto de ella dependa*”, significa que la posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control.

El artículo 1711 consagra expresamente la *Acción Preventiva*, lo que ha llevado a sostener la incorporación de una nueva función en la Responsabilidad civil.

Dispone el artículo 1711: “*La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”

Son presupuestos de la acción: la *autoria* de quien omite cumplir con el deber de prevención; la *antijuridicidad*, en tanto hay violación del mentado deber de prevención.

Cabe recurrir a los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial para comprender que la antijuridicidad es en el caso, la que emerge de la violación al deber de prevención que establece el artículo 1710.

3. la *relación de causalidad*, porque la amenaza de daño debe ser *previsible*.

En su parte final la norma dispone: “*A diferencia de la Obligación de resarcir, no es exigible la concurrencia de un factor de atribución de responsabilidad.*”

la violación al deber de prevención debe ser antijurídica, pero no requiere que sea imputable. La norma se desinteresa de los factores de atribución contemplados en el código: la culpa y el dolo contenidos en el artículo 1724, y los objetivos (riesgo, garantía, abuso del derecho, entre otros) del artículo 1722.

El sistema del Código intenta una solución rápida y efectiva para el fin preventivo, lo que resultaría incompatible con la exigencia de un factor de atribución de responsabilidad.

El artículo 1712 dispone sobre la legitimación “*Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”.

La norma es amplia, se trata de juzgar cuando existe un *interés razonable* para pedir judicialmente la cesación de una actividad. Puede tratarse de la *posible víctima del daño aún no acaecido*.

Pero también quedan comprendidas las asociaciones de defensa de los intereses de

incidencia colectiva. Es el caso de las asociaciones de Consumidores y las de defensa del Medio Ambiente.

Finalmente, el artículo 1713 prevé: “*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 mas idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*”.

En los fundamentos del proyecto de Código se explica, respecto de la sentencia de finalidad preventiva, que debe distinguirse entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es la prevención, de aquellos otros en que es provisoria.

De manera que la prevención puede lograrse mediante una *medida cautelar* ordenada en un proceso principal ya iniciado, en el que bien puede haberse petitionado la reparación de un daño ya ocasionado. O mediante un juicio autónomo que se agota con la finalidad preventiva. Esta última modalidad es una incorporación novedosa en nuestro derecho sustantivo.

El juez está facultado “a pedido de parte o de oficio” a ordenar obligaciones a las partes.

Las características de las obligaciones referidas y su carácter provisorio o definitivo dependerán de cada caso concreto. Implica que no necesariamente el juez se ciñe al pedido del legitimado para la acción, sino que evaluará la medida mas eficaz dentro de los parámetros que la ley le impone.

La sentencia puede establecer una obligación de dar, de hacer o de no hacer: bien puede disponer el cese de una actividad, o bien la realización de acciones concretas.

El contenido y la extensión de estas obligaciones debe estar guiado por la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible. Este concepto resulta fundamental, la propia normativa prevé el límite a la intervención judicial para lograr en forma eficaz la prevención: *el juez debe ponderar los criterios de menor restricción posible* a la libertad ajena, la utilización del medio mas idóneo y la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad son parámetros que permiten una valoración mas exacta.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tal como está prevista la Prevención de daños en el Código Civil y Comercial en vigencia, no incluye las sanciones pecuniarias disuasivas que originariamente se previeron en el Proyecto del Código. La herramienta contemplada, además de proveer un principio general

de prevención y evitación de agravamiento de los daños, dispone la facultad judicial de adoptar medidas razonable y eficaces consistentes en obligaciones de dar, hacer o no hacer para la consecución de la finalidad preventiva. Con limitaciones, que apuntan a la razonabilidad y eficacia de tales medidas. No quedan incluidas las sanciones pecuniarias disuasivas en el entendimiento que le dió el proyecto inicial.

Con mayor razón, de modo alguno queda comprendido el daño punitivo en el sistema actual, lo que parece no tener cabida en el ámbito de la responsabilidad civil del Código Civil y Comercial de la Nación.

Pero, salvo en este caso citado, estas sanciones punitivas no se aplican al ámbito de la prevención del daño en el Código Unificado.

Entiendo que la finalidad preventiva se puede lograr sin la necesidad de la punición y con las limitaciones que se imponen a las medidas que adopte el juez para la preservación de la persona y la libertad de los sindicatos como posibles causantes de daños.