

Comisión N° 4: Derecho de Daños: Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil

Título: La función preventiva, la función demarcatoria y la tutela judicial efectiva en el moderno derecho de daños (en materia de derechos personalísimos)

Autor: Luis Alberto Valente

(Prof. Titular de Derecho Civil I en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Católica de La Plata)

1.- Es posible advertir que la cuestión referida a la función preventiva del derecho de daños pueda ser vislumbrada desde dos cuestiones inmersas en la misma problemática. Una de ellas es la que se desprende de la oportuna demarcación de intereses, y que a su vez, se derivan de una apropiada limitación a la libertad de actuación.

2.- Otro aspecto, es el derivado de considerar a la tutela judicial efectiva como un capítulo inescindible de la problemática referida a la función preventiva del derecho de daños. Es que ésta última alude a la faz dinámica de la problemática, y en tal sentido, esa funcionalidad debe ser articulada con una eficaz tutela preventiva que le permita un no menos apropiado andamiaje jurídico.

3.- Siendo así, ante la posible colisión de intereses personalísimos y en el marco de una acción preventiva se trata de ponderar los intereses en conflicto y de delimitar esferas de actuación, por lo que procede hablar de una actitud estimativa del juzgador tendiente a inhibir la conducta antijurídica o bien delimitarla ordenando que se lleve a cabo bajo ciertas condiciones.

4.- En definitiva, cuando se habla de acción preventiva debe entenderse que la misma procede en tanto se ha violado un *deber de prevención* que consiste en la *violación de deberes de conducta* consistente en omitir la realización de determinada actividad potencialmente dañosa, o bien restringir o imponerse limitaciones (autolimitarse) en el ejercicio del propio poder de actuación.

5.-. Se trata en definitiva de trazar el ejercicio razonable de la prerrogativa que se tiene, ajustándola con otras libertades o armonizándola con otros intereses jurídicamente relevantes. En

tal sentido, preferimos hablar de *violación a una esfera de interés* ya que la violación a un deber de conducta ocurre por no haberse adoptado convenientemente aquellas medidas que resultan pertinentes a fin de *prevenir* el conflicto de intereses.

6- Determinar el derecho violentado por haberse ejercido indebidamente el deber de conducta implica meritar acerca del sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de cada derecho. Sin embargo y aún siendo así, no debe dejarse de advertir que debe juzgarse la violación de un deber de conducta consistente en la prevención y no en la violación de un derecho perfecto, y todo ello, desde la perspectiva de quien ejecuta esa conducta.

7.- La prevención del daño es comprendida como un capítulo de la tutela judicial efectiva. En tal sentido, puede ser considerada como una tutela preventiva provisional o bien como una tutela inhibitoria final. A su vez, siendo preventiva o definitiva (si bien las exigencias jurídicas para el correcto andamiaje de cada una son diferentes) nos encontramos ante una conducta reprochable por la violación de deberes de prevención.

8.- Cuando el art.1710 del Código en su encabezamiento se refiere al deber de prevenir como una carga (concretamente se refiere al deber de la persona, *en cuanto de ella dependa*), o el art. 1711 del mismo Código cuando se refiere a la previbilidad del daño (textualmente se refiere: *hace previsible* la producción del daño) no que se refiere a la exigencia de un factor subjetivo de atribución en su sentido clásico (hipótesis expresamente vedada por el art. 1711 Cód., en su parte final), sino a lo que la doctrina comparada llama *culpa sin culpabilidad* (culpa social) ya que la conducta del agente es socialmente reprochable, y aun cuando en gran parte se prescinda de su diligencia concreta.

PONENCIA: La acción preventiva, la función demarcatoria y la tutela judicial efectiva en el moderno derecho de daños
(en materia de derechos personalísimos)

I.- INTRODUCCION

Si según el aforismo *ubi ius, ibi remedium* (donde hay derecho, hay remedio) debe entenderse que toda esfera jurídica reconocida por el derecho debe tener adecuada protección.

Y si bien la tutela preventiva en el derecho de daños no se veía marginada de nuestro Derecho, el nuevo Código Civil y Comercial se ocupa literalmente de la faz relacionada la previsible producción del daño, su continuación o agravamiento (art.1711 Cód. Civil y Comercial).

De esa forma, aquella aparece reconocida, y lo es, al tiempo de hacer lo propio respecto de la función resarcitoria de la responsabilidad civil (art.1708, 1716 y siguientes del Cód. Civil y Comercial).

Desde luego, en buena hora que ello ocurra.

Sin embargo debe analizarse cuidadosamente en qué condiciones será posible admitir la acción preventiva, y sobre todo, si la misma comporta gravísimas consecuencias, o bien, si los derechos enfrentados ostentan un indudable tinte constitucional.

Por el contrario, puede sostenerse que aquella procede siempre. En tal sentido, es conveniente dar un correcto cauce a la acción de prevención, la que por ello, deberá ser correcta y celosamente aplicada.

II.- ACCION PREVENTIVA Y DERECHOS PERSONALISIMOS

No puede dudarse que la oportuna defensa de los denominados *derechos personalísimos* es un tema que afecta medularmente al capítulo aquí considerado y que permite un ajustado dimensionamiento de ésta problemática.

1.- La ponderación preventiva de los derechos personalísimos.

Se ha definido a los derechos personalísimos diciendo que son los derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni

disponerse en forma absoluta y radical.¹

Sin pretender ahondar en desarrollos puede sostenerse que recae sobre manifestaciones interiores de la persona.

Pero además, por estar vinculados a la existencia misma del individuo puede decirse que los derechos personalísimos tienen un tiempo propio y distinto, y ello, en función de una efectiva protección.

En el caso de colisión de derechos personalísimos (en muchos casos si no en todos) es posible advertir una colisión que suele ocurrir entre ámbitos de libertad de actuación (ejemplo, el derecho a la intimidad y su innegable ámbito de libertad, y por otro lado, si se quiere, la libertad de dar y recibir información).

Cuando se habla de prevención del perjuicio se alude a preservar de forma incólume una esfera de libertad, cuya protección sustantiva no admite dudas aún cuando todavía el perjuicio no se produjo.

Es más, aún cuando la especie no traduzca con nitidez el objeto de la lesión, si se trata de ámbitos o esferas de actuación amenazados, ante el acecho, es posible pensar en una oportuna y eficaz protección.

Tal como lo dejáramos ver en un trabajo anterior, la doctrina comparada da cuenta de una *función de demarcación*, y que a su vez, es de rigor destacar que ésta no debe ser soslayada por el moderno derecho de daños.²

En efecto, se trata de establecer fronteras referidas al ejercicio de los derechos y ello en relación a las características *sui géneris* de una ofensa que materialmente no se produjo.

Desde una faz preventiva ante la muy probable colisión de intereses, y entonces, desde esa perspectiva, ante una eventual producción de daños consecuente, puede hablarse de *limitaciones a la libertad de actuación*, y que puede consistir en ordenar abstenerse de llevar a cabo determinada actividad, o bien limitarla, vale decir y en definitiva, llevarla a cabo bajo ciertas condiciones adoptando medidas preventivas que impliquen encauzar la actividad peligrosa.

Ello da pie para sostener una primera observación referida a la problemática que nos ocupa: la posible tensión entre derechos personalísimos o entre la protección de bienes jurídicos y la ajustable libertad de actuación.

Determinar ésto último y en el marco de una acción preventiva, implica sostener que cuando el hecho no se produjo, una actitud estimativa del juzgador lo conduce a inhibir (en mayor o menor medida) la ejecución de una acción antijurídica que -a su vez- hace previsible la producción del daño (art. 1711 Cód. Civil y Comercial)

¹ Es la clásica definición de Cifuentes, Santos: *Derechos Personalísimos*, 2ª edición, Astrea, Bs. As, n.º 39, p. 200

² Díez Picazo, Luis: *Derecho de Daños*, Civitas, 2000, p.43

2.- La delimitación de los derechos personalísimos

Tal como se vio y considerando la improcedencia de un criterio unitario (*ius in se ipsum* carnelutiano o *Individualrecht* como los supo denominar Gareis) puede concebirse a éstos derechos como manifestaciones separables de la persona.

Sin embargo si habla de “prevenir” y en referencia a la colisión preventiva de derechos no será ajena la cuestión de mensurar *la forma de resolver los conflictos preventivos* entre los derechos personalísimos.

En casos como los de la especie, es posible vislumbrar dos métodos.

Por el primero, se establece una jerarquía de los derechos personalísimos. Por el otro, se realiza un test del balance, vale decir se los somete a un balanceo (*balancig test*) por cual se intenta determinar cual de ellos tiene mayor peso.

En ambos casos se evalúan los límites externos al propio derecho y se trata de optar entre uno u otro. Se suele concluir que los derechos *prevalecen* y que uno de los derechos debe sacrificarse sea por que apriorísticamente es inferior, o bien, porque lo es en el caso concreto.

A nuestro modo de ver no se explica con qué vara se determina que un derecho mide o pesa más.

Coincidimos, en cambio, con la idea de que se debe partir de un modelo hermenéutico que armonice los derechos.³

Si partimos de la base de que se trata de derechos amparados por la CN debe entenderse que deben ser armónicamente considerados a fin de alcanzar una composición equitativa de los intereses en conflicto.

Son delimitables pero no porque coexisten sino porque tienden a un fin que los justifica. Y a su vez deben ser contemporizados como el medio técnico – jurídico para que el sujeto logre bienes fundamentales. De esa forma tienen un funcionamiento jurídicamente razonable que permite detectar los límites internos del derecho, y de esa forma delimitarlo a fin de determinar cuál es el ejercicio razonable del mismo

Se trata en definitiva de *trazar su ejercicio razonable ajustando el derecho con otras libertades o armonizándolo con otros intereses jurídicamente relevantes.*

En esa tarea se tratará también de determinar el contenido de cada derecho concibiéndolo teleológicamente, vale decir reparando en su finalidad, tanto dinámica como modernamente concebida. De esa forma se trata de establecer el sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de cada derecho.

³ Toller, Fernando M.: *Libertad de Prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, 199, p. 419 y s.

De allí que los contornos de cada derecho son determinados por la finalidad, el ejercicio funcional, y desde luego, considerando la casuística concreta. De acuerdo a esto último debe comprenderse que cada situación responde a sus puntuales circunstancias y a su propio contexto normativo.

Sin embargo si nos posamos en la faz preventiva, vale decir, cuando la colisión concreta aún no se produjo se deberán, desde ésta perspectiva, *ponderar los intereses* en conflicto y armonizarlos, o bien, sopesarlos.⁴

En rigor, no se puede hablar sopesar derechos que no han sido ejercitados sino de ponderar intereses que deben ser aproximados.

De acuerdo a lo expuesto, se tratará de armonizar pretensiones y aún ante la hipótesis de no agravamiento del daño.

Con lo expuesto, queda en pie un aspecto de la problemática y referido a la *ponderación de los intereses en conflicto*, a fin de delimitarlos acabadamente y sobre la base de justipreciar los límites internos del derecho amenazado.

III.-LA PREVENCIÓN DEL DAÑO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1.- Generalidades

Cuando el artículo 1708 del Código Civil y Comercial deja vislumbrar que las funciones de la responsabilidad civil se pregonan en relación a la prevención y reparación del daño ocasionado, se hace una elíptica alusión a la *tutela judicial efectiva*.

Ésta última puede pregonarse ante la posibilidad de la simple amenaza del perjuicio, o bien aquella otra que acaece *a posteriori*, es decir, ante el derecho definitivamente conculcado (función reparadora).

Tomando a la *ofensa a un derecho personalísimo* como eje de análisis, podemos decir que no es lo mismo proyectar la estimativa ante el daño ya producido que ante el no acaecido y que sólo se lo prevé.

⁴ La jurisprudencia ha destacado -por ejemplo- que se deben ponderar dos intereses esenciales: por un lado, el derecho de la sociedad a estar informada; y por el otro, el derecho de los sujetos que pueden resultar afectados por el uso que se haga del medio periodístico. En tal situación se deben tener en cuenta las circunstancias del caso. La naturaleza de los derechos exige una precisa determinación de los intereses en juego. En el caso de los derechos personalísimos se exige una consideración especial, habida cuenta de que la cautelar pretendida es susceptible de poner en tensión esos derechos con otros amparados por la Constitución, como por ejemplo, la libertad de expresión o información. Conf.: CNFed. Civ y Com. Sala III, 05/06/2012.- "*Mandante S.A c/Yahoo.Com. y otros.s/ medida cautelar*". Puede verse en MJ J80514

En la tutela preventiva el interés en obrar se patentiza ante la actividad peligrosa cuyas consecuencias pueden ser evitadas, o disminuidas en sus efectos, o bien, ante el daño jurídico que efectivamente se va a producir, o que si ya se produjo, se trata -entonces- de no agravarlo (art. 1710 incisos a.b.c., Cód. Civil y Comercial).

En otro lugar nos referíamos a la antijuridicidad como una *proyección estimativa* de dos derecho cardinales cuya disputa, *prima facie*, no siempre es fácil de resolver.⁵

Aún cuando se haga recaer la antijuridicidad en haber violado el deber de prevención, ésta última circunstancia debe ser considerada desde plano subjetivo de la ponderación.⁶

Es una proyección estimativa que acaece en mayor o menor medida en función del *juicio de probabilidad* que ofrezca la amenaza y que hace previsible la producción del daño (art.1711 citado).

Como dice Diez Picazo citando a Von Kries, las consecuencias probables de una acción pueden servir de fundamento para valorar la acción como útil o como peligrosa.⁷

Puede hablarse de una *imputatio juris* con suficiente base normativa y que permite concebir la acción como acto injusto.

En definitiva, si el hecho no se produjo no puede hablarse de causalidad física pero sí jurídica y sobre la base de una probabilidad razonable.⁸

2.- Aristas de la problemática

En la problemática no sólo aparece la normativa sustantiva sino también seriamente comprometida la constitucional y también la procesal.

Desde la perspectiva constitucional, no solamente por la ofensa a un bien personalísimo, sino también ante el posible avasallamiento del derecho de defensa o la prohibición de censura previa (entre muchísimos otros) y que justifican una mirada desde los mismos preceptos constitucionales posiblemente comprometidos.

La óptica procesal, repercute sobre la estimación de la ofensa ya que puede estarse ante una *tutela preventiva provisional*, y ante ello, es de rigor considerar la problemática desde la

⁵ Valente, Luis Alberto: *Ejercicio de la Acción Indemnizatoria*; capítulo obrante en: Trigo Represas, Félix – López Mesa, M.: Tratado de la Responsabilidad Civil, T. VI, p.517

⁶ Fundamentos del Anteproyecto

⁷ Diez Picazo, L: Ob cit p. 338

⁸ Siguiendo a CUIÑAS RODRIGUEZ y referido a la tutela ambiental dice que la probabilidad del perjuicio en muchos casos es sólo científica y como tal estadística y probabilística. En cambio la causalidad jurídica tiende más a ser material y determinista. Si se trata de siniestros ambientales es harto difícil encontrar la causa primera o eficiente e daño al ambiente. No se olvide que muchos derechos personalísimos pueden verse conculcados por éste tipo de amenazas (ver CUIÑAS RODRIGUEZ, Manuel: *Acerca de la tutela del ambiente en el derecho español*. EN: *Daños (medio ambiente, salud, familia y derechos humanos)* Rubinzal Culzoni, p.145

perspectiva de la normativa de forma .

O bien, puede pensarse en una medida que sólo sea justipreciable si se la percibe desde una sentencia definitiva, y a través de la cual, la actividad u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño que -aún- no se materializó.

En éste último caso puede entenderse como una *tutela inhibitoria final*, y por naturaleza ya no concebible como medida anticipatoria, o si se quiere, cautelar.

Desde luego que siempre nos referimos a la tutela inhibitoria ya que ella tiene como fin inhibir un acto contrario a derecho, indiferentemente de su producción y hasta de la magnitud del posible o probable daño.

Si el *factum* desencadenante aún no ha ocurrido es la *conducta reprochable* la que en el plano estimativo, y en función de ello, se habrán de proyectar sus posibles perjuicios. En éste caso habrá de entablarse una *tutela inhibitoria preventiva*.

a) La tutela inhibitoria preventiva o anticipatoria

Si se piensa en *evitar el perjuicio* es porque se considera el componente futuro de la amenaza. Evitando los perjuicios que puede generar la morosidad de la justicia y ante la idea del riesgo se tratará de *impedir* la producción del perjuicio.

Es la preservación *ex ante* de bienes jurídicos. Se trata, en efecto, de la defensa preventiva de los derechos personalísimos, vale decir, la ofensa no se produjo pero la defensa preventiva implica inhibir la actividad peligrosa aún cuando sea justamente su misma peligrosidad la que pueda someterse a la duda.⁹

Se la concibe -entonces- como medida anticipatoria y sólo encuentra andamiaje ante la posibilidad de *fumus boni iuris* y *del periculum in mora*, vale decir, ante la verosimilitud del derecho (o mejor, apariencia de buen derecho) y el peligro en la demora.¹⁰

La doctrina comparada da cuenta de la tutela inhibitoria anticipada. Y éste último por cuanto no se puede hablar en la especie de una tutela final sino mas bien de una tutela anticipatoria. En éste caso se paraliza el acto contrario a derecho, y es la inminencia del ilícito, lo

⁹ En nuestro comentario a fallo (“V.J c Editorial Perfil) recordábamos a Peyrano y desatacábamos la amplitud que ostenta la categoría “urgente” englobando incluso a la hipótesis en que el único interés que asiste al justiciable es el de remover la urgencia y punto (Peirano, Jorge: Reformulación de la teoría sobre las medidas cautelares; JA 1997 – II – 926) . Las medidas autosatisfactivas proceden cuando al afectado no le interesa iniciar otra acción y así, con su despacho favorable no le interesa iniciar otra acción. (Valente, Luis Alberto: *La anticipación de la tutela y el derecho a la intimidad* -nota a fallo- ED 202-53)

¹⁰ Ha dicho la jurisprudencia que encontrándose en conflicto derechos de importante raigambre constitucional (el derecho a intimidad de las personas y la libertad de expresión, prensa), junto a otras circunstancias del caso, obligan a una prudente y profunda investigación, no hallándose abonada la verosimilitud del derecho, ni la urgencia invocada por la peticionante (CNCiv., sala J, 24/6/2005.- *Bence, Jorge Andrés c/ LS86 TV. Canal 2 s/ Medidas Precautorias*; elDial.com - AA3047)

que conduce al juez a efectuar un juicio de proporcionalidad ante dos derechos en posible conflicto.¹¹

A su vez, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora adquieren en la especie una especial dimensión. Los intereses conculcados ubican a la problemática en una sinuosa y dramática coyuntura no fácil de resolver en instancias previas donde se impondrán, sin duda, una justa y reñida ponderación intereses.

En rigor cuando se alude a verosimilitud del derecho o apariencia de buen derecho lo verosímil es el derecho a pedir la tutela urgente del bien en principio conculcado, y ello, a través de una *summaria cognitio*.

No se puede exigir la certeza del derecho material sino ponderar la probabilidad de daño y de la razón que seguramente asiste a quien peticiona la medida.

De allí que no es del caso exigir el factor subjetivo de atribución (conf. Art.1711-última parte- Cód. Civil y Comercial) sino la objetiva existencia de aquellos factores que inciden decisivamente en la prohibición inmediata de aquella difusión.

En la misma línea de intelección se verifica el otro requisito: *el periculum in mora*, es decir el peligro en la demora. El mismo se erige en aquel interés jurídico posiblemente conculcado y que justifica al proceso urgente.

El factor tiempo juega un rol propio y decisivo en ésta tutela jurisdiccional diferenciada.

La infructuosa espera a una resolución final y el peligro que significa la tardanza justifican echar por tierra aquella indecisión a la espera de una sentencia definitiva.

Sin pretender abocarnos al análisis procesal, desde éste ángulo suele hablarse de una tutela urgente y desde la técnica propia de la medida autosatisfactiva¹²

El *periculum in mora* traduce el riesgo o peligro concreto, muy probable y cierto, de que la demora permita la producción de un determinado hecho y que perjudique de modo irreparable a quien pretende protección inmediata.

b) La tutela inhibitoria definitiva

Sin perjuicio de lo expuesto, puede concebirse a la tutela final que se traduzca como sentencia de fondo, y que tutela definitivamente el derecho conculcado e impidiendo la realización del daño.

Es el campo por excelencia en el que opera la nueva normativa, ésto es, en el área

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme: *A Antecipação da tutela*, Malheiros, 2000, p.103 y s

¹² Nota 9

sustantiva de la responsabilidad civil, destinada a evitar la producción o agravamiento del daño no razonable, y ello, en cuanto dependa de la persona responsable del mismo (art.1710 del Cód.).

Como bien se deja ver entre los Fundamentos del entonces Anteproyecto, al decir, *en cuanto ella dependa* (depende de la persona causante del ilícito) es el requisito que permite vislumbrar que el deber de prevenir se encuentra en la esfera de control de quien realiza la acción antijurídica.

De aquí que debe adoptar de buena fe, medidas razonables a fin de evitar o disminuir el daño.

En ésta hipótesis no es peligro en la demora el objeto del proceso sino directamente el daño que puede acaecer, no sólo por haber violado deberes de conducta sino por afectar el derecho material, y que a la manera de peligro sustancial, pretende conseguir la prohibición definitiva así como el derecho mismo amenazado por la acción antijurídica.

Es que a través de la sentencia se decide acerca del derecho en cuestión y no acerca del peligro en la demora.

Ya no se trata del peligro procesal que debe dilucidarse en un proceso (si se permite) cautelar, sino de un peligro sustancial que exige decidirse acerca del derecho de fondo amenazado y que cuya petición seguramente se traducirá en la prohibición definitiva de la amenaza o el cese inmediato de la acción iniciada.

A su vez, debe estimarse con atendible suficiencia la potencialidad dañosa del evento que se intenta prevenir, lo que supone además que aquella no es una simple concausa sino un factor directa del daño que se pretende evitar.

No está demás recordar los criterios de buena fe y razonabilidad que se desprende del art. 1710 inc. b.

Se trata de armonizar intereses conculcados a través de una sentencia que ponga coto definitivo a la situación conflictiva.

A manera de conclusión y sobre todo si nos hallamos ante una tutela inhibitoria final la misma procede en cuanto se han violado deberes de conducta en cuanto no se ha abstenido de llevar a cabo la conducta o bien no se ha limitado o restringido a fin de prevenir el perjuicio.

En definitiva, no resulta desatinado hablar de una responsabilidad preventiva derivada de la violación de deberes de conducta consistente en prevenir el posible perjuicio.

3.- La consideración del art. 1711 del Cód. Civil y Comercial en la problemática de la acción preventiva del daño. La no exigencia de los factores subjetivos de atribución.

Del art. 1711 del Código y referido a la acción preventiva, señala que la misma acaece

cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño.

A su vez, no exige en la especie la concurrencia de ningún factor subjetivo de atribución. (art.1711, in fine, del Cód. Civil y Comercial).

De lo expuesto se infiere que se prevé objetivamente el daño, y bajo esa órbita, se prevé que ese acto es antijurídico ya que coadyuva magníficamente a la efectivización de la ofensa

Obviamente se excluyen los factores subjetivos como atribución del ilícito. La razón es lógica pues no resulta subjetivamente imputable el acontecimiento no producido.

Parece ser la idea de *actividad temida* el eje del discurso. Es difusa la idea de consecuencia o resultado efectivo del ilícito si éste aún no se ha producido. Puede decirse que acaece una sustantivación de la actividad peligrosa.

Se habla una culpa sin culpabilidad¹³ ya que se atiende a las consecuencias nocivas de la conducta. Se puede entender que la conducta es culposa en función del resultado disvalioso y que merece ser desaprobada atento a ese carácter.

Es el fenómeno como tal el que es considerado reprochable y que obedece a una conducta que es antijurídica.

4.- El enriquecimiento indebido y el no agravamiento del daño

El *no agravamiento del daño* indica (por propia definición) que éste ya produjo consecuencias (art.1710 letra c del Cód. Civil y Comercial). Ello puede conducir a la interposición de la acción inhibitoria cuyo fin será impedir la propagación de aquellas consecuencias aún no producidas.

Es posible concebir que esa acción no debería impedir la reintegración o restitución de aquellos valores ilegítimamente adquiridos mediante un indebido poder de actuación.

Puede discutirse si ante la especie, estamos en el ámbito del resarcimiento o más bien del enriquecimiento a costa del damnificado (art.1794 y siguiente del Cód.).

El art.1710 letra b del Cód. Civil y Comercial se refiere al enriquecimiento sin causa en la hipótesis en que se trate de una acción de reembolso y en cuanto se evitó o disminuyó la magnitud del daño del cual un tercero es responsable.

Nos parece que la acción de enriquecimiento sin causa es procedente en todas las hipótesis.

Si se tiene en cuenta que el objeto de la acción es restituir la cuantía de lo enriquecido en razón del perjuicio ya producido (art.1710 -letra c- citado), debe deslindarse el daño de otras consecuencias ajenas al resarcimiento en sí.

El aumento del patrimonio debiera ser debidamente deslindado del daño derivado del hecho ilícito.

¹³ Santos Briz, Jaime: *La responsabilidad Civil*, 3ª edición, Montecorvo, 1981, p. 523

IV CONCLUSION

1.- Es posible advertir que la cuestión referida a la función preventiva del derecho de daños pueda ser vislumbrada desde dos cuestiones inmersas en la misma problemática. Una de ellas es la que se desprende de la oportuna demarcación de intereses, y que a su vez, se derivan de una apropiada limitación a la libertad de actuación.

2.- Otro aspecto, es el derivado de considerar a la tutela judicial efectiva como un capítulo inescindible de la problemática referida a la función preventiva del derecho de daños. Es que ésta última alude a la faz dinámica de la problemática, y en tal sentido, esa funcionalidad debe ser articulada con una eficaz tutela preventiva que le permita un no menos apropiado andamiaje jurídico.

3.- Siendo así, ante la posible colisión de intereses personalísimos y en el marco de una acción preventiva se trata de ponderar los intereses en conflicto y de delimitar esferas de actuación, por lo que procede hablar de una actitud estimativa del juzgador tendiente a inhibir la conducta antijurídica o bien delimitarla ordenando que se lleve a cabo bajo ciertas condiciones.

4.- En definitiva, cuando se habla de acción preventiva debe entenderse que la misma procede en tanto se ha violado un *deber de prevención* que consiste en la *violación de deberes de conducta* consistente en omitir la realización de determinada actividad potencialmente dañosa, o bien restringir o imponerse limitaciones (autolimitarse) en el ejercicio del propio poder de actuación.

5.-. Se trata en definitiva de trazar el ejercicio razonable de la prerrogativa que se tiene, ajustándola con otras libertades o armonizándola con otros intereses jurídicamente relevantes. En tal sentido, preferimos hablar de *violación a una esfera de interés* ya que la violación a un deber de conducta ocurre por no haberse adoptado convenientemente aquellas medidas que resultan pertinentes a fin de *prevenir* el conflicto de intereses.

6- Determinar el derecho violentado por haberse ejercido indebidamente el deber de conducta implica meritar acerca del sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de cada derecho. Sin embargo y aún siendo así, no debe dejarse de advertir que debe juzgarse la violación de un deber de conducta consistente en la prevención y no en la violación de un derecho perfecto, y todo ello, desde la perspectiva de quien ejecuta esa conducta.

7.- La prevención del daño es comprendida como un capítulo de la tutela judicial efectiva. En tal sentido, puede ser considerada como una tutela preventiva provisional o bien como una tutela inhibitoria final. A su vez, siendo preventiva o definitiva (si bien las exigencias jurídicas para el correcto andamiaje de cada una son diferentes) nos encontramos ante una conducta reprochable por la violación de deberes de prevención.

8.- Cuando el art.1710 del Código en su encabezamiento se refiere al deber de prevenir como una carga (concretamente se refiere al deber de la persona, *en cuanto de ella dependa*), o el art. 1711 del mismo Código cuando se refiere a la previbilidad del daño (textualmente se refiere: *hace previsible* la producción del daño) no que se refiere a la exigencia de un factor subjetivo de atribución en su sentido clásico (hipótesis expresamente vedada por el art. 1711 Cód., en su parte final), sino a lo que la doctrina comparada llama *culpa sin culpabilidad* (culpa social) ya que la conducta del agente es socialmente reprobable, y aun cuando en gran parte se prescinda de su diligencia concreta.
