

LA PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO CIVIL URUGUAYO

POR

BEATRIZ VENTURINI Y MARCELA TABAKIAN

1. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO DESDE LAS MÁS RECIENTES CODIFICACIONES

La problemática de la prevención del daño fue tradicionalmente una función reservada al derecho público, tanto al Derecho Penal¹ como al Derecho Administrativo, quedando a cargo del Derecho Civil la actuación a posteriori de la lesión². Esta línea divisoria ha comenzado a debilitarse³ como consecuencia de un proceso de revalorización de la prevención del daño en el ámbito del Derecho Privado. Así, María Teresa Castiñeira y Salvador Coderch sostienen que la idea de que el derecho civil ha de renunciar siempre a la preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, está en franca retirada⁴.

¹ de Cores Carlos, "Acerca de las Funciones de la Responsabilidad Civil", Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001, p. 111. Véase además de Cores, Carlos, "Los daños punitivos o ejemplares: un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Número 1 (2000), p.225-272.

² Segui, Adela, Japaze, Belén, Amenábar, Pilar, "Prevención y Reparación de los Daños Ambientales, Propuesta del Derecho Argentino a la Luz del Proyecto del Código Civil Unificado de 1998", en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001, p.394.

³ Kemelmajer, Aida, "Los dilemas de la Responsabilidad Civil", Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, N° 4, 2001, p.675. Disponible Online al 11/02/2017 en: <https://dialnet-losdilemasdelaresponsabilidadcivil-2650297.pdf>, Tabakian, Marcela y Venturini Beatriz, "Encuentro Cercano del Tercer Tipo entre el Derecho Civil y el Derecho Penal en Uruguay y en los Estados Unidos", ADCU, T. XL, p. 999 y ss.; de Cores, Carlos, Gamarra, Raúl y Venturini, Beatriz, Tratado de Derecho Jurisprudencial y Doctrinario, Tomo. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, p. 39 y ss.

⁴ Castiñeira Palou, María Teresa y Salvador Coderch, Salvador, Prevenir y castigar, Madrid, ed. Marcial Pons, 1997, pág. 10

Lorenzetti afirma que esta evolución ha operado como consecuencia del cambio de una serie de paradigmas: "«de la responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización», del «daño a la propiedad al daño a la persona», del "daño individual al daño colectivo", "de la reparación a la prevención". La tutela inhibitoria, definitiva y cautelar, ha sido reconstruida a partir de sus orígenes romanos, y sus consecuencias se proyectan en varios ámbitos, a vía de ejemplo el hecho de que se prescinde de la verificación del daño siendo suficiente la mera amenaza"⁵.

Este proceso tuvo como eje la ineficiencia de la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales, así como una toma de consciencia que éstos poseen un tiempo propio, diferente del contemplado en las tradicionales formas de acción y de protección sustantiva⁶. Influyó también el desarrollo del derecho ambiental, como disciplina jurídica de amparo a bienes de incidencia colectiva. En esta área del derecho, la adopción de estrategias previsoras y la aplicación del principio precautorio en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso, es clave, por lo ineficaz que resulta la acción a posteriori⁷. Estos factores, determinaron que la doctrina civilista comenzara a ocuparse del tema en análisis, concluyendo que en ciertos casos, el resarcimiento aunque jurídicamente sea posible, no se adapta a la reparación del

⁵ Lorenzetti, Ricardo, "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", La Ley Online: AR/DOC/9055/2001.

⁶ Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Rubinzal - Culzoni Editores, Segunda Versión Actualizada, Santa Fe, 2009, p. 538.

⁷ Cafferata, Nestor, "El principio de prevención en el Derecho Ambiental", Revista de Derecho Ambiental, N° 0, noviembre 2004, p. 9-59; A mayor abundamiento véase: Cafferata, Néstor, "La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General del Ambiente", Revista de Derecho Ambiental, N°1, Enero-Marzo 2005, p. 86-97.

daño.⁸ Debía proveerse una solución ex ante, para no admitir la existencia de un derecho a dañar. Un sistema de convivencia no puede satisfacerse con la aplicación de sanciones, primero debe aspirar a no tener que aplicarlas⁹.

En particular, la tutela inhibitoria posee elementos propios que la diferencian de los tradicionales de la responsabilidad civil. Así, no se exige la verificación del daño sino su mera amenaza. La acción ilícita debe ser detenida en sus efectos futuros, evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo los ya producidos¹⁰. Desde el punto de vista del elemento culpa, cabe destacar que éste no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura. Otra característica, aunque no esencial, consiste en que se trata en general, de perjuicios que, de concretarse, no son monetizables¹¹.

En la actualidad la respuesta al problema de la prevención del daño, a nivel internacional se dio en principio por vía de leyes extra Código y más modernamente, en aquellos países que han reformado sus códigos civiles, se ha reservado un capítulo para la prevención del daño.

En Argentina la cuestión de la prevención del daño, fue regulada a texto expreso en el

⁸ De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, ed. Bosch, 1975, n° 99 pág. 574. Szafir, Dora y Doval, Gustavo, "Consumo sustentable y medio ambiente, ¿Realidad o Quimera?". ADCU T. XXXIV, en particular página 661 a 667.

⁹ Segui, Adela, "Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna", 1er. Premio Concurso Colegio Público de Abogados de la Capital Federal Especialidad Derecho Civil - Año 2001, disponible en internet al 2/02/2017 en <https://www.scribd.com/document/333197708/Aspectos-Relevantes-de-La-Responsabilidad-Civil-Moderna>, publicada en la RDC, v. 13, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004, <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89662>; véase también Zavala de González, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", en *Resp. civil y seguros*, año I, n° 1, Enero/febrero 1999, pág. 1.

¹⁰ Mantero, Elías, "El llamado deber de mitigar el daño (Con especial referencia a los principios de UNIDROIT)", DJDC, T. II, Año II, 2014, p. 137 y ss.; véase además Chirelstein, Marvin A., *Concepts and Case Analysis*, Seventh Edition, Foundation Press, St. Paul, 2013, p. 202 y ss.

¹¹ Lorenzetti, Ricardo Luis, "La responsabilidad civil", *La Ley Online AR/DOC/12224/2001*.

Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015¹². Los artículos 1710 a 1713 consagran el deber general de no dañar y el deber de disminuir los efectos del daño¹³. Por su parte, el art. 1708 establece que la prevención del daño constituye una función de la responsabilidad civil poniendo fin a la discusión doctrinaria acerca de si la prevención y la punición constituyen o no funciones de la misma^{14 15}.

¹² Cabe destacar que con anterioridad a la sanción del Código ya la Ley 26.675 elevaba a rango de principio la prevención del daño en materia ambiental. En este sentido véase Cafferata, Néstor, ob. cit. p. 18.

¹³ ARTÍCULO 1710. "Deber de prevención del daño toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo"; ARTÍCULO 1711. "Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución"; ARTÍCULO 1712. "Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño"; ARTÍCULO 1713. "Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad". Cabe destacar que, el código vigente siguió en lo que tiene que ver con la prevención del daño, el modelo del proyecto de Código de 1998 redactado por Atilio Alterini.

¹⁴ ARTÍCULO 1708. "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación";

"Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva...La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los dere-

Las fuentes de la normativa argentina comentada se encuentran en el art. 1227 del Código Civil Italiano¹⁶; en los Principios del derecho europeo de contratos¹⁷, en los Principios de Unidroit¹⁸, en la Convención de Viena de Com-

chos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la "tragedia de los bienes comunes", ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos. Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego". Disponible en internet al 2/02/2017: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

¹⁵ En Uruguay, véase GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIX, FCU, Montevideo, 1981, p. 7-27, de Cores Carlos, "Acerca de las Funciones de la Responsabilidad Civil", Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001, p. 111 y ss., CAFFERA, Gerardo, Una Teoría del Contrato, Segunda Edición, FCU, Montevideo, 2009, p. 52-54; BERDAGUER, Jaime, Fundamentos del Derecho Civil, Tomo I, Primera Parte, La Obligación, La Ley Uruguay, 3era. Edición, Montevideo, 2011, p. 225-245, Gamarra, Jorge, Responsabilidad Contractual, Tomo I, El Incumplimiento, FCU, 1er Edición, Montevideo, 1996, p. 30-36., Venturini, Beatriz, ¿Y SI NOS ASOMAMOS A LA PROBLEMATICA DE LA CONTAMINACION ACUSATIVA (Ley 17.852) ?, Revista de Derecho, Tomo V, año 2006, Universidad de Montevideo, p. 75 y ss.

¹⁶ Art. 1227 "El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria".

¹⁷ Art. 9505: "(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que esta última hubiera podido reducirla adoptando para ello las medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualesquiera gastos en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas". Respecto de las fuentes del artículo Art. 1710 del Código Civil y Comercial Comentado, véase

<http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-1710UniversoJus.com%20%7C%20Diccionario%20online%20general>

¹⁸ 7.4.8: (Atenuación del daño) "(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta, podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño".

praventa Internacional de Mercadería,¹⁹ y en el art. 1479 del Código Civil de Quebec²⁰.

En Francia, el Anteproyecto de Ley de Reforma al Código de Napoleón de fecha 29 de abril de 2016, en materia de responsabilidad civil,²¹ también aborda el tema de la prevención, aunque no con el detalle del Código Argentino. Se ocupa del tema de la prevención del daño en el artículo 1232 estableciendo que: "Independientemente de la reparación de los daños sufridos, el juez puede dictar medidas adecuadas para prevenir o detener la alteración ilícita expuestas por el actor. Solo los hechos que contravienen una regla de conducta impuesta por la ley o por el deber general de cuidado o diligencia pueden dar lugar a tales medidas"²². El artículo 1237 establece: "Los gastos incurridos por el solicitante para prevenir la ejecución inminente de un daño o impedir su agravamiento, y reducir al mínimo las consecuencias, constituyen lesión compensable siempre que sean razonables"²³.

En nuestro país doctrina y jurisprudencia son contestes en cuanto a que la responsabilidad civil ha reformulado sus finalidades para incluir la prevención del daño²⁴. En particular

¹⁹ Art. 77 "La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida".

²⁰ "La persona que es obligada a reparar un daño no responde de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar"

²¹ Este anteproyecto a la redacción de este trabajo, todavía no ha sido aprobado, en cambio, el 11 de febrero fue aprobada y entró en vigencia en octubre de 2016, la reforma al Código Civil Francés en Derecho de los Contratos y de las obligaciones.

²² Article 1232: "Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures".

²³ "Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées".

²⁴ Martín Riso Ferrand, ¿Qué es la Constitución?,

se ha considerado, dentro del ámbito de la responsabilidad civil, no solo la cuestión de la traslación del daño que da cuenta de su función indemnizatoria, sino también su contenido sancionatorio y la contracara que es la función preventiva, pues es sabido que se tratará de evitar la respuesta negativa mediante comportamientos arreglados a Derecho que no causen daños²⁵.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA APLICACIÓN O EN SU CASO LA VISIÓN DEL DERECHO CIVIL DESDE LA CONSTITUCIÓN EN REFERENCIA A LA PREVENCIÓN DEL DAÑO

Sostiene Lorenzetti que, con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, la prevención del daño se fue afianzando a partir de la jurisprudencia de tutela constitucional²⁶. En el mismo

Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010, p. 95 y ss. Berdaguer, Jaime, "Constitución y Derecho Civil", ADCU T. XXXIX, p. 611 y ss. La doctrina destaca como la jurisprudencia de la SCJ admite el principio de reparación integral del daño con fundamento en la Constitución. Véase Blengio, Juan, "El principio de la reparación integral del daño", DJDC, Tomo IV, Año IV, p. 33 y ss, Larrañaga, Luis, "El principio de reparación integral del daño", DJDC, T.IV, año IV, p. 137 y ss.; oportunamente una de las autoras conjuntamente con la Dra. Zafir, postularon que el principio de reparación integral del daño resarcible se da tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como de la extracontractual contra lo sostenido por en sentencia de la SCJ, publicada en LJU c. 11.697, T. 102, en el estudio "El indevelado nexo causal y su prueba. Incidencia práctica en procesos por responsabilidad civil", ADCU T. XXII, p. 468.

²⁵ de Cores, Carlos, "Acerca de las Funciones de la Responsabilidad Civil", Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001, p.111-127. de Cores, Carlos, Gamarra, Raúl y Venturini, Beatriz, ob.cit., p. 71 a 91.

²⁶ CSJN, "Santa Coloma, Luis Federico y otros", Fallos: 308:1160, 05/08/1986; "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina", 1986, Fallos: 308:1118; "Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA", 17/03/1998, en LL 1998-D, p. 596; "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, en ED, 25/10/2004, p. 5. Fallos citados por Herrera, Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, en *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo IV, p. 411 cita (124). Disponible online al 7/2/2017 en:

http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

sentido, Adela Seguí, sostiene que la regla de no dañar es prioritaria a la de reparar y deriva del *alterum non laedere*, conducente a arbitrios que dismantelen la posibilidad de daños injustos y evitables. Postula que este principio posee rango constitucional, en virtud de los artículos 19, 41 y 43 de la Constitución Nacional. La protección jurisdiccional de los derechos y garantías de rango constitucional, no se ciñe a lesiones efectivas, sino que comprende las amenazas de lesión²⁷.

En nuestro país la visión del Derecho Civil desde la Constitución ha sido abordada por doctrina²⁸ y jurisprudencia²⁹ con especial relación al llamado bloque de derechos humanos (arts. 7, 72 y 332 de la Constitución),³⁰ a la sa-

²⁷ Seguí, Adela, "Aspectos Relevantes de la Responsabilidad Civil Moderna", 1er. Premio Concurso Colegio Público de Abogados de la Capital Federal Especialidad Derecho Civil - Año 2001, disponible en internet al 2/02/2017 en <https://www.scribd.com/document/333197708/Aspectos-Relevantes-de-La-Responsabilidad-Civil-Moderna>,

²⁸ Véase entre otros, Venturini, Beatriz, *El Daño Moral en la Jurisprudencia y en el Derecho Comparado*, FCU, 2da. Ed, Montevideo, 1992, p. 17 y ss., Riso Ferrand, Martín ¿Qué es la Constitución?, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010; Riso Ferrand, Martín "La Interpretación del Ordenamiento Jurídico desde la Constitución", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Número 6 (2004), p.229-256; Tovagliari, Fernando, Van Ropaey, Leslie y Barbieri, Laura, *Aplicación Directa de los Principios y Normas Constitucionales, La Ley Uruguay*, Montevideo, 2016; Gamarra, Raúl "Derecho a la vida versus principio de igualdad", ADCU, T XL, 2010 p. 1029- 1041;

²⁹ A modo de ejemplo simplemente véase: Sentencia 130/2007 de la SCJ Comentada por Alicia Castro "Argumentación y Constitucionalismo en la fundamentación de sentencias" ADCU, T. XXXIX, 2009, p. 842-854, Sentencia 119/2007, Comentada por Carnelli y Esteva "Enriquecimiento sin causa: Aplicación Directa por El Juez de la Constitución o de las normas Infraconstitucionales", ADCU T. XXXVIII, 2010, p. 849-860; Sentencia SEF 0003-000093/2015 del TAC 1º: "... de acuerdo con el art. 44 de la Constitución de la República, el Estado Uruguayo está constitucionalmente obligado a proteger el derecho a la salud..."; Szafir, Dora, Cornú, Florencia y Labandera, Joaquín, "Vivir o morir. Una cuestión económica o jurídica", DJDC, Tomo IV, Año IV, p. 183.

³⁰ En Sentencia 200/2003, de 17 de febrero de 2003, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno a cargo de Teresita Rodríguez Mascardi, en autos "A., M. y otro c/ Banco Galicia Uruguay S.A.". sostuvo que: "Debe acudir a la Constitución no sólo cuando se trata de resolver casos dudosos sino como

lud (art. 44 de la Constitución)³¹, al medio ambiente (art. 47 de la Constitución)³² y al derecho del consumidor³³. En el caso de los derechos del consumidor, la tutela constitucional se inserta dentro de un marco más amplio, el amparo de los derechos fundamentales específicamente dentro de los derechos subjetivos tutelados³⁴.

La prevención enlaza y consolida dos principios constitucionales substanciales: el de libertad, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe (Art. 10 de la Constitución), y el de responsabilidad, conforme el cual hay un verdadero deber jurídico de no dañar a otro, cuyo incumplimiento genera una respuesta negativa del ordenamiento jurídico (art. 7, 72, y 332).

En doctrina el primer autor que incorpora el fundamento constitucional de la teoría general del contrato, en particular por la consideración del principio de igualdad, consagrado en el artículo 8 de la carta, es el Profesor

instrumento normal y principal, ya que es una interpretación de valores a los cuales las leyes no pueden sustraerse. Más precisamente, la regulación constitucional de los derechos fundamentales tiene una importancia considerable a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico inferior, ya que éste debe necesariamente ser interpretado a la luz de las soluciones constitucionales, muy especialmente las referidas a los derechos fundamentales. A juicio de esta decisora es viable pues, la aplicación directa de los principios constitucionales al campo de las relaciones contractuales entre particulares". A su respecto véase el comentario de ésta sentencia y de la sentencia 345/2004 de Gamarra, Raúl, "Derecho a la Vida Versus Principio de Igualdad", en ADCU, T XL, p. 1029 y ss.

³¹ Véase en general las sentencias recaídas por acciones de amparos de medicamentos de alto costo. Entre ellas: Sent. N° 294/2016 de TAC 5° de 25/05/2016, Sent. DFA 3-768/2016 SEF 3-155/2016 de TAC 1° de 3/11/2016 y Sent. 3-776/2016 SEF 3-158/2016 de TAC 1° de 29/11/2016.

³² En materia de prevención por daños ambientales véase sentencia del TAC 7°, N° A 0008-000086/2015 del 8/04/2015.

³³ Sentencia del TAC 2 N° SEF 0005-000097/2013 de 5/06/2013, relativa a prevención y reparación del daño ocasionado por un piojicida y primera instancia sentencia Nro. 81/2012 dictada por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Civil de 15° Turno, Dra. Teresita Maccio Ambrosoni.

³⁴ Szafir, Dora, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Consumidor, Tomo I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, p. 19 y ss.

Juan Blengio³⁵. El citado profesor ha continuado con dicho desarrollo hasta el presente³⁶. En esta temática de la prevención del daño no es ajeno el fundamento constitucional como tampoco lo fue en el tema de la admisión de la reparación del daño extrapatrimonial³⁷.

Partiendo de la premisa que, en nuestro país, tanto la doctrina como la jurisprudencia, acepta la aplicación directa de los principios constitucionales en el ámbito del derecho civil, especialmente en los llamados "casos difíciles" y para la tutela de los derechos humanos, entendemos que ante este tipo de supuestos debería hacerse lugar a acciones de prevención del daño aún en supuestos en los que no se ha legislado en forma expresa.

3. LA PREVENCIÓN DEL DAÑO DESDE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA.

El presente estudio acerca de la prevención del daño, constituye una proyección de la investigación jurisprudencial que en materia de suicidios ha abordado una de las autoras del presente trabajo, motivada por la gravedad que reviste el tema en Uruguay³⁸. De acuerdo con investigación realizada en Uruguay mueren entre 1 y 2 personas por día por esta causa, 578 en 2011 y 541 en 2014, es el país con mayor cantidad de suicidios en América Latina, junto a Cuba. Hay más casos de suicidios en el interior que en Montevideo. Lavalleja, Treinta y Tres, Rocha y Flores son los departamentos que tienen más muertes por esta causa. En los últimos 20 años la cantidad de autoeliminaciones ha tenido un aumento sostenido y se acentúa en la pre adolescencia y la vejez, en particular luego de los 65 años³⁹.

³⁵ Blengio, Juan, La autonomía de la voluntad y sus límites, su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir. ADCU, T. XXVII, 1997, p. 395 a 414.

³⁶ Véase, Las Cláusulas Abusivas desde las perspectivas de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001, p. 55 a 82.

³⁷ Venturini, Beatriz, El Daño Moral en la Jurisprudencia y en el Derecho Comparado, FCU, 2da. Ed, Montevideo, 1992, p. 17 y ss.

³⁸ Venturini, Beatriz, "El Suicidio en la jurisprudencia uruguaya", DJDC, T. II, año II, 2014, p. 237.

³⁹ Información disponible online al 13/02/2017 en: <http://www.republica.com.uy/suicidio-en-uruguay->

En cuanto al manejo de la información hasta hace muy poco tiempo hablar de suicidio era un tabú y se creía que podía provocar un aumento en los casos. Ahora, en cambio, los técnicos y la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) defienden la idea de que es mejor hablar del tema, explicando sus causas. De hecho, el 16 de julio de cada año es el Día Mundial de Prevención del Suicidio⁴⁰.

En esta materia la prevención se proyecta en dos áreas: por un lado, aquellas situaciones en las que de haber mediado una adecuada prevención podría haberse evitado su acaecimiento y por otro aquellos suicidios de los que pueden resultar daños a terceros. En ambas situaciones el dilema se encuentra entre el derecho a la privacidad y la prevención del daño.

Un caso reciente de suma gravedad, de daños a terceros como consecuencia de un suicidio, fue el accidente aéreo ocurrido el 24 de marzo de 2015, del Airbus 320 de la empresa Germanwings, subsidiaria de Lufthansa que partió de Barcelona rumbo a Düsseldorf. En dicho vuelo viajaban 144 pasajeros y 6 tripulantes y fue estrellado contra los Alpes franceses, por el copiloto, Andreas Lubitz, en una maniobra suicida.

Según la investigación realizada con posterioridad al siniestro, el accidente pudo haberse prevenido, si se hubiera considerado el estado de salud mental del copiloto inmediatamente anterior al accidente, así como sus antecedentes médicos. Ello no ocurrió por haberse priorizado el derecho a la privacidad del piloto por parte de los psiquiatras alemanes tratantes. En este sentido, el derecho alemán impone un secreto profesional muy estricto, que impide, poner en conocimiento de cualquier persona los antecedentes de un paciente, sin importar la gravedad de la situación. La investigación reveló que el Sr. Lubitz experimentaba episodios de depresión grave desde 2008, lo que llevó a suspender su entrenamiento como piloto. En 2009, se lo consideró rehabilitado mediante certificado con restricciones, en 2014 es nombrado copiloto y en diciembre

2014 consultó varios médicos por episodios sicóticos y se le recetan sicofármacos que lo inhabilitan legalmente a volar. En febrero 2015 su médico particular le diagnosticó trastorno síquico y pase a siquiatra. El 10 de marzo se dispuso su internación siquiátrica además de recetarle somníferos, pero el día accidente se encontraron en su domicilio los certificados de licencia médica rotos. Atento a esta situación la compañía aérea instrumentó la realización de, exámenes sorpresa a sus pilotos y copilotos⁴¹.

En el derecho anglosajón existen dos *leading cases*: "*Schieszler v. Ferrum College*" (236 F. Supp. 2d 602 (W.D. Va. 2002)) y "*Shin v. Massachusetts Institute of Technology (MIT)*" (Mass. Super. Ct. June 27, 2005) de los cuales habrá de analizarse sólo el primero. Sin embargo, cabe destacar que, el número de casos que llegan al poder judicial en Estados Unidos es muy bajo ya que en general las Universidades suelen transar los casos antes de que lleguen a los tribunales.

En dicho país, no se impone como regla general un deber de ayuda o protección. Ni siquiera en aquellos casos en los que el actor es consciente de que con su actuar puede prevenir un daño (Restatement Second of Torts § 314). Sin embargo, en el inciso A del § 314 se dispone: "Quien se encuentra obligado por ley a tomar o que voluntariamente toma la custodia de otra persona, en circunstancias en que se priva a otro de sus posibilidades normales de protección, se encuentra obligado en el mismo sentido que los casos descriptos en los apartados anteriores". De acuerdo con el artículo que viene de transcribirse, ciertas relaciones especiales generan el deber de ayudar o proteger. Ello ocurre en el caso del transporte de pasajeros, de los posaderos, propietarios de grandes extensiones inmobiliarias abiertas al público, etc.⁴². Este giro del inciso A § 314 ha permitido a la jurisprudencia incluir a las Universidades como pasibles de violación del de-

un-fenomeno-silencioso-que-duplica-homicidios/518192/

⁴⁰ Información disponible online al 13/02/2017 en: <http://www.republica.com.uy/suicidio-en-uruguay-un-fenomeno-silencioso-que-duplica-homicidios/518192/>

⁴¹ La información que viene de relatarse fue recabada y expuesta por el Prof. Dr. José Pedro Pollak, en conferencia inédita dictada en el curso de posgrado "Responsabilidad Civil Profundizada", a cargo de una de las autoras en la Universidad Católica del Uruguay en setiembre de 2016.

⁴² Kalchthaler, Kelley, Wake-Up Call: Striking a Balance Between Privacy Rights and Institutional Liability in the Student Suicide Crisis, 29 Rev. Litig. 895, (2009-2010).

ber de protección del daño de personas que se encuentran bajo su cuidado. Seguramente ha influido en esta nueva interpretación, el hecho de que un alto porcentaje de los estudiantes americanos abandonan sus hogares para ir a vivir a los campus de la universidad, así como una reciente investigación que señala que el suicidio es la tercera causa de muerte en los estudiantes Universitarios de los Estados Unidos (1100 estudiantes se quitan la vida todos los años)⁴³.

En el caso "*Schieszler v. Ferrum College*", el estudiante Frentzel a comienzo del año electivo había presentado problemas de conducta. La Universidad le recomienda tomar clases de apoyo para mejorar su comportamiento, pero las mismas no producen el resultado esperado. El 20 de febrero de 2000, tiene un incidente de violencia con su pareja en el que intervino la seguridad de la universidad. Luego de este incidente, Frentzel manda varias cartas a su novia en las que le manifiesta su intención de quitarse la vida. La estudiante pone en conocimiento de las autoridades estas cartas, pero no se toma ninguna medida al respecto, sino que simplemente se le hace firmar un documento en que el estudiante se compromete a no quitarse la vida. Todavía después de ello, el estudiante remite una nueva misiva de despedida a un amigo y finalmente una última carta a su novia en la que dice "Sólo Dios puede ayudarme en este momento". El 23/02/2002 se suicida.

El Tribunal Federal que entendió en ese asunto condenó a la Universidad por no haber prevenido el suicidio de Frentzel. La atribución de responsabilidad se fundó en el hecho de que las autoridades del centro de estudios tenían conocimiento de sus intentos suicidas, que hacían prever una "probabilidad inminente" de daño, tal como lo prescribe el § 314A del Restatement, al punto que se le hace firmar un documento en el que el estudiante se comprometía a no dañarse a sí mismo. El tribunal no cita el artículo, pero utiliza claramente sus fundamentos. Se encontró responsable a la universidad por haber dejado al estudiante sólo en su dormitorio cuando: mostraba signos de haberse auto agredido, por haber prohibido que la novia lo visitara luego de que había dicho que podía suicidarse, por haber

ignorado varias cartas en las que había manifestado su intención de quitarse la vida, por no haber tomado ninguna medida para superarlo o haber contactado a sus padres y por no haber provisto de asistencia psiquiátrica a Frentzel. El tribunal entendió también que en el caso se daba otro de los elementos de la responsabilidad que es, la previsibilidad del daño. Esto es, el suicidio era un hecho previsible. El caso finalmente se transa y la Universidad reconoce parte de la responsabilidad en el hecho, por errores en la apreciación de la gravedad de la situación y por falta de adecuada comunicación.

En novísimo pronunciamiento de la Suprema Corte de Florida (agosto de 2016) en materia de prevención, es el caso *Chirilo v. Granicz*. Acciona el esposo, por el suicidio de su cónyuge, contra el médico psiquiatra que la trataba desde hace largo tiempo. La señora llamó por teléfono al consultorio del médico psiquiatra y habló con la enfermera, a quién comunicó que había dejado de tomar la medicación indicada porque le producía efectos secundarios, en particular: dificultades para conciliar el sueño, por lo que había tenido que tomar pastillas para dormir, y también le estaba causando malestar estomacal. La enfermera le escribe una nota al médico, que enterado de la situación dispone cambiar la medicación, redactando recetas y dejándole, además, muestras gratis, para que una vez retiradas pudiera iniciar el tratamiento en forma inmediata. El profesional sabía que el hecho de interrumpir abruptamente la medicación incrementaba los riesgos de suicidio en el paciente. Finalmente, y sin concederle una cita se le comunica telefónicamente a la paciente que pase el consultorio para retirar las recetas y las muestras. Al día siguiente de haber retirado todo, la paciente se suicida. El juez de primera instancia rechaza la demanda porque se entiende que el médico no tiene una responsabilidad de prevenir el suicidio de una paciente que presenta signos claros de depresión que no se encuentra hospitalizada (no siendo de aplicación el art. 314A ya citado). La parte actora apela sobre la base de que el psiquiatra no cumplió con su deber de cuidado, ya que toda la atención fue telefónica y a través de la enfermera asistente. La segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia, pero ignorando otro precedente el caso Lawlor. En casación los deman-

⁴³ Kalchthaler, ob.cit.

dados reiteran su argumento. La Suprema Corte de Florida confirma lo resuelto en segunda instancia, sosteniendo que el precedente citado no es aplicable y entendiendo, que, en el caso, la conducta del médico es reprochable ya que éste conocía que entre los efectos secundarios de interrumpir la medicación se encontraba el suicidio. Además, se entiende que hubiera correspondido citar al paciente para un chequeo personal antes de cambiarle la medicación.

Este último caso es de gran trascendencia en Estados Unidos, no solo desde la perspectiva de la prevención del suicidio, sino de la prevención en la responsabilidad médica en general. Ello porque la atención médica telefónica se ha convertido en una regla. Nótese que el fallo, más allá del suicidio, funda la responsabilidad del médico en la atención telefónica y la falta de un chequeo personal de la paciente. Si al revisar el fallo de acuerdo con los nuevos parámetros establecidos por la Suprema Corte de Justicia de Florida, se condena al médico por no haber atendido personalmente a la paciente, se estaría cuestionando la atención médica telefónica que hoy es una práctica generalizada en dicho país y debería por tanto esperarse muchos más casos de reclamos por atención telefónica.⁴⁴

En Uruguay la protección del daño desde el punto de vista jurisdiccional se enfrenta al problema de que "Todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar"⁴⁵. Se ha comentado acerca de la frustración del abogado que obligatoriamente debe promover un juicio principal que no le interesa ni le sirve en miras a lograr que el tribunal le conceda aquello que sí le interesa y le sirve que es la medida cautelar⁴⁶. Enrique Tarigo al analizar el artículo 311 del C.G.P. sostiene que en nuestro Código General del Proceso la tutela cautelar más que hacer justicia, contribuye a garantizar el

eficaz funcionamiento de la justicia.⁴⁷ El problema se plantea en aquellos casos que no encuadran dentro de ninguno de los procesos de tutela extra código para la prevención del daño (acción de amparo, acción de *habeas data*, procedimiento judicial de defensa del consumidor, etc.).

El problema que venimos de enunciar se presentó en la sentencia 4/2010 de 1° de febrero de 2010, del TAC 7° en el que la parte actora realiza una solicitud de tratamiento psicológico como medida cautelar para prevenir un suicidio.

"La actora, cuyo único hijo falleció en accidente de tránsito el 19/12/2007, comparece el 17/10/2008 y como medida anticipada solicita la condena al pago del tratamiento psicológico y psiquiátrico de inmediato así como el costo mensual de medicamentos, alegando que se encuentra cursando un "episodio depresivo mayor" por la pérdida de su hijo según informe psiquiátrico de parte que acompaña, previo a la iniciación de un proceso por daños y perjuicios a instaurar contra la propietaria y el conductor del vehículo que colisionó con la moto en que circulaba aquél, procesado en sede penal por homicidio culpable".

El Tribunal sostuvo: "... puede concluirse que la medida solicitada en autos exorbita lo legalmente procedente, pues - a pesar de que prima facie y como hipótesis de trabajo puede admitirse la configuración de un daño - el mismo, dentro de las peculiaridades de la situación planteada, no puede tildarse como intrínsecamente revistiendo las notas de gravedad o dificultad de reparación en el concepto de la norma mencionada. ... Respecto al tratamiento psicoterapéutico, la Dra. Ribas, psiquiatra del Poder Judicial, es clara en punto a que tales abordajes tienen un tiempo mayor de espera, pero no dijo que no estén cubiertos, no estando probado que la actora lo intentare y deviniera escaso, sobre todo si se advierte la evolución positiva desde el informe de parte agregado con el acto de proposición inicial y la pericia practicada por aquélla el 29 de enero del corriente año. Debe verse que la perito refiere a la falta de estabilidad laboral, pero que puede estar influida por la patología de rodillas que trae desde la infancia, está tratada y

⁴⁴ El tema de la atención telefónica también fue debatido en Uruguay en nuestra jurisprudencia, a vía de ejemplo véase: Sent. SEF 0005-000074/2013 de TAC 2° de 15/05/2013 y Sent. 86/2008 de TAC 6° de 25/06/2008.

⁴⁵ Peyrano, Jorge W., "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", LA LEY 1996-A, 999, disponible online al 12/02/2017 en <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.com.uy/2012/09/informe-sobre-las-medidas.html>.

⁴⁶ Peyrano, Jorge, ob cit.

⁴⁷ Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil, FCU, Montevideo, 1995, p.353.

controlada; en cuanto al episodio depresivo, lo califica como "mayor leve" y que el duelo patológico es frecuente ante la pérdida de un hijo. Agrega que al momento del examen "no hay claro riesgo suicida", incluso "manifiesta planes de futuro" con el dinero que le van a dar..." ...; está medicada (antipsicóticos y antidepressivos, estos últimos en dosis bajas); no tiene indicación de hipnóticos o ansiolíticos porque no tiene insomnio. Pero más relevante a los efectos de este pronunciamiento, señala que la paciente tiene cobertura del MSP, tratamiento psiquiátrico desde los tres meses del fallecimiento de su hijo ..., no tiene criterios de internación en el momento, pero también las internaciones en el MSP son gratuitas ... Todo lo que justifica el rechazo operado en primera instancia, que se confirmará, pues la atención psiquiátrica está cubierta por el MSP, como de hecho está aconteciendo, donde se le brindan los medicamentos del caso, acorde al informe pericial del ITF, donde ciertamente no se alude a peligro de suicidio como se sostiene en la impugnada".

En cuanto a las medidas que adopta el Estado Uruguayo para la prevención del suicidio es interesante la sentencia No. 168/2015 del TAC 4° de 18/12/2015. Se trata de una acción de *habeas data* en la que el actor solicita acceso a la información pública del MSP respecto de: datos estadísticos, presupuestales y de ejecución de política pública relativos a los servicios de tratamiento psiquiátrico en el país, también solicitó los puntos 12 cantidad de suicidios ocurridos en centros de internación psi-

quiátrica de adultos a nivel nacional, en el sector público y privado desde el 2005 al 2015), en el punto 13: cantidad de muertes en centros de internación psiquiátrica de adultos por otras causales en los mismos ámbitos y fechas y en el punto 15: presupuesto que designa el MSP para la implementación de políticas y programas de prevención y promoción de salud mental, información sobre actividades de información, formación permanente, realización de congresos, ateneos al 1° de mayo de 2015. El MSP respondió al respecto que no cuenta con un programa para la salud mental y respecto a los puntos 12 y 13 señaló que el Ministerio no cuenta con la información que se solicita y no sabe dónde se encuentra. En primera instancia se desestima la demanda. En segunda instancia afirma el Tribunal: "Por todo ello, no resulta posible en este proceso pretender obtener del MSP la elaboración de respuestas específicas a los planteamientos de la actora... En el marco de ésta acción, aun en caso de silencio positivo de la administración (art. 18 de la Ley 18.381), como se invoca en el subexámine, sólo resulta exigible la información disponible, la que cabe considerar ya aportada en las sucesivas instancias del proceso, motivo por el cual, se irá a la confirmatoria ya anunciada".

Pese a la gravedad que reviste el tema existen malas noticias para la prevención del suicidio en Uruguay, como puede apreciarse de la sentencia en análisis, el Estado a través del MSP, no ha implementado ninguna medida para su prevención.