

# LA DENOMINADA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

## Una crítica a su ubicación dogmática

POR

CARLOS DE CORES DAMIANI

Como es notorio, los ordenamientos jurídicos más modernos tienden a consagrar, al lado de la tradicional función indemnizatoria de la responsabilidad civil –y de la punitiva, en aquellos sistemas que la prevén–, la denominada función preventiva, que puede definirse a grandes rasgos como aquellos mecanismos tendientes, ora a evitar el daño antes de que suceda, ora si el evento dañoso ya aconteció, a mitigar o reducir sus consecuencias nocivas.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante, CCCNA) se inscribe decididamente –o pretende hacerlo– en esa corriente de pensamiento, otorgándole un papel relevante en el sistema general de derecho de daños.

Incluso en nuestro país, donde no se ha consagrado aún un texto como el de la vecina orilla, reciente doctrina<sup>1</sup> ha fundado en el derecho positivo uruguayo y algunas decisiones de los tribunales vernáculos, el desarrollo de estas ideas sobre prevención del daño.

El proyecto francés de reforma del sistema de responsabilidad civil<sup>2</sup> también adopta estas ideas, aunque circunscripto a supuestos aquilianos (proyectado art. 1266), sin perjuicio de que hay una norma de porte amplio, no exactamente en sede de acción preventiva, pero sí reconociendo la función con carácter general, al otorgar a quien realizó erogaciones razonables para prevenir el daño, el reembolso de las mismas, en forma análoga al art. 1710 lit. B) del CCCNA (proyectado art. 1237).

Lo que sí hace el proyecto, aunque también limitándolo a la responsabilidad extracontrac-

tual es consagrar, a diferencia del CCCNA –al menos en forma sistemática– la categoría de los daños punitivos<sup>3</sup>. Ello por cuanto la legislación argentina, distanciándose de anteproyectos que le precedieron, únicamente limita la imposición de punitivos excesivos mediante el expediente del art. 1714, pero sin antes asumir en términos generales las facultades de los magistrados para fijar daños punitivos.

La procedencia de la consagración de este tipo de daños excede largamente el objeto del presente trabajo que pretende centrarse en la función preventiva. Sin embargo, baste aquí señalar que la punitión y la indemnización tienen un aspecto relevante en común: ambos presuponen la existencia efectiva de un perjuicio.

No se desconoce el espíritu loable y la utilidad de establecer estos mecanismos de prevención a texto expreso a fin de propiciar cambios culturales en la población; es difícil, en efecto, estar en desacuerdo con el postulado de que es mejor que el daño no se verifique, a tener que repararlo<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de ello, el presente trabajo se propone cuestionar algunos aspectos de su implementación: por un lado, si efectivamente debe catalogarse a la prevención como una función del sistema de derecho de daños; y por

<sup>1</sup> VENTURINI, Beatriz y TABAKIAN, Marcela, *La prevención del daño en el derecho civil uruguayo*, en DJC, Tomo V, FCU, Mdeo., 2017, págs. 151 y ss.

<sup>2</sup> Proyecto presentado por el Ministro de Justicia, Jean-Jacques Urvoas, el pasado 17 de marzo de 2017 (véase [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)).

<sup>3</sup> El art. 1266-1 prevé en materia extracontractual la *amende civile* cuando hay un daño intencional para obtener una ganancia o ahorro, con destino a un fondo de indemnización, o en su defecto a las arcas públicas.

<sup>4</sup> Cuando señalamos que es mejor, nos referimos a una consideración estrictamente valorativa y no económica de la cuestión. En efecto, pese a que entusiastas autores manifiestan que la prevención es más eficiente que la reparación desde esta perspectiva, lo cierto es que tal postulado puede ser puesto en tela de juicio. La excesiva inversión de recursos en prevenir daños puede hacer que, desde el punto de vista económico, muchas veces sea mejor reparar el perjuicio cuando el mismo se verifique efectivamente.

otro, la pertinencia irrestricta de la llamada acción preventiva, reverso procesal de la categoría bajo análisis, en particular por su posible afectación al principio de libertad. Posteriormente se ahondará en los problemas que la supuesta función preventiva genera en el esquema tradicional, en particular los elementos ilicitud/antijuridicidad y daño, para por último brindar unas breves conclusiones que nos merece el asunto.

## I) SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA FUNCIÓN AUTÓNOMA DE PREVENCIÓN

El primer aspecto que merece tratarse, es a nuestro criterio el de si estamos efectivamente ante una función de la responsabilidad civil, lo que supone lógicamente el cuestionamiento de la ubicación de la prevención dentro del marco dogmático del derecho de daños.

La propia definición de la Real Academia Española es contundente al respecto: en su acepción jurídica, la responsabilidad es la "*capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente*". Las dos palabras clave que cabe consignar en este sentido, son por un lado "*consecuencias*", lo que supone un juicio de valor posterior al hecho -por ende rara vez anterior<sup>5</sup>, y por otro lado "*libremente*", destacándose por tanto el valor de la libertad del sujeto para hacerse cargo de los efectos que sus acciones desencadenan en el mundo exterior.

El fundamento último de la responsabilidad es, en mayor o menor medida, la voluntad del sujeto y su incidencia como causa de un hecho determinado. Dice Hegel que "*un suceso, una situación producida, es una realidad exterior concreta, por lo cual tiene en ella muchas circunstancias indeterminables. Puede considerarse que todo momento individual que se muestra como condición, fundamento, o causa de una circunstancia tal, y de este modo ha aportado lo suyo, es res-*

<sup>5</sup> Es cierto que con cierta frecuencia se utiliza la palabra *responsabilidad* también con una connotación preventiva. Así, cuando se dice que un determinado sujeto es responsable porque no bebe alcohol cuando conduce un vehículo, se coloca el énfasis en el desarrollo de conductas tendientes a no producir daños. Sin embargo, entendemos que estamos ante una utilización esencialmente coloquial del término, alejada de la noción técnica.

*ponsable de ello, o al menos tiene responsabilidad en ello*"<sup>6</sup>. El individuo, por tanto, responde como principio general -no significa que no pueda haber excepciones, como apreciaremos luego-, en la medida que su accionar culpable u otro factor de atribución que lo vincule al hecho, sea la causa eficiente de un daño efectivo a la esfera jurídica ajena.

Si estas palabras son válidas en términos generales, más aún lo serán cuando estamos ante cuestiones atinentes al derecho civil. No podemos olvidar que "*al tratar de dar una idea aproximada del Derecho Civil, basta describirlo como el sistema de normas jurídicas (y por tanto, de conocimiento y reflexión político-jurídica referente a las mismas) que se ocupa de los sujetos, y de lo que éstos hacen, considerados como tales. Es decir, como sujetos en su propia esfera de vida y en el marco de sus intereses particulares, en vez de bajo su aspecto de grupo, comunidad, sociedad o estado que actúa (o reprocha a los individuos su actuación) en función de intereses colectivos o grupales. Esta contraposición ha sido reajustada a lo largo del tiempo, pero sigue proveyendo un punto de inspiración básico para cualquier análisis de las categorías del Derecho Civil (...). Naturalmente, no sólo de intereses particulares se ocupa el derecho civil, y además otras áreas del Derecho están comprometidas con este aspecto, pero sólo el derecho civil hace de este su desafío constante y central*"<sup>7</sup>.

Así es como se señala que el concepto de responsabilidad civil es de una gran polisemia, pero que en sentido amplio, puede definirse como la consecuencia que adviene por el incumplimiento de una norma, pudiendo así existir una responsabilidad no sólo civil sino penal, administrativa, e incluso política o moral<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> HEGEL, G.W.F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ed. Libertarias/Prodhuvi, Madrid, 1993, pág. 396. Ahondando en el concepto, al abordar lo que hoy entendemos por responsabilidad por el hecho de las cosas, postula que "*En verdad no es asunto mío si las cosas de que soy propietario y que como externas están y obran en un contexto múltiple (como puede ser también el caso conmigo mismo en cuanto que cuerpo mecánico o en cuanto que ser viviente) causan por ello perjuicio a los otros. Sin embargo esto es para mí más o menos una carga, porque esas cosas son en general mías, aunque también, conforme a su propia naturaleza, sólo están más o menos sometidas a mi dominio, vigilancia, etc*".

<sup>7</sup> CAFFERA, Gerardo, *Sujeto, responsabilidad y contrato. Los sistemas clásicos y las bases de un modelo neo-subjetivo*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXV, FCU, Mdeo., 2005, pág. 607.

<sup>8</sup> AAVV, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - In-*

La prevención como algo separado y autónomo de la función resarcitoria, y ajeno por ende al ámbito de las consecuencias (análisis *ex post*) no parece cuadrar en los sistemas jurídicos tal como los concebimos, sin resquebrajar concomitantemente sus bases mismas.

De hecho, si uno analiza el resto del Título V del Libro III del Código, es sencillo advertir que, si bien sus disposiciones en principio "son aplicables a la prevención del daño y su reparación" (art. 1708), rápidamente uno se percató de que ninguna de las normas de responsabilidad civil -fuera de los arts. 1710 a 1713- encuentran aplicación en la función preventiva. Todas, en efecto, presuponen la concreta existencia de un daño, con lo que la función preventiva parece entrar de manera un tanto forzada en la sistemática del Código; al menos en la forma como se pretende, como parte integrante del régimen de responsabilidad civil a la par de otras funciones. Volveremos sobre el punto más adelante.

Ciertamente, podemos hablar de función preventiva si la entendemos en forma implícita, como derivado de las consecuencias que la ley otorga a las conductas de los sujetos. Como dice Posner, "un sistema de concurrencia de culpas imparte incentivos correctos para potenciales ofensores así como para potenciales víctimas. La amenaza de responsabilidad es una especie de precio cargado por adelantado que lleva al potencial ofensor (en la mayoría de los casos) a tomar medidas para prevenir la ocurrencia del daño"<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, en doctrina italiana se ha utilizado la expresión *función preventiva* como algo distinto a lo que en la novedosa codificación argentina se recoge. En efecto, señala Salvi aludiendo a las posturas resaltadoras de la función social de la responsabilidad, que "puede señalarse sobre todo el subrayado de una función, que ya la concepción tradicional asignaba al juicio de responsabilidad, cual es la de prevenir los eventos dañosos. En las teorías económicas, de las cuales se hizo mención antes, la idea de la prevención tiene sin embargo un significado diferente de aquel propio de la doctrina de la culpa, en cuanto el efecto disuasorio es recogido no bajo el peso de la amenaza de la responsabilidad respecto a especí-

ficos comportamientos dañosos, sino a la incidencia de las reglas resarcitorias sobre la asignación de recursos a través del mercado. Se habla por ello, por parte de Calabresi en particular, de disuasión 'general', como consecuencia de un sistema que imponga la responsabilidad al sujeto que esté en mejores condiciones para efectuar el análisis costo-beneficio entre los costos del incidente, y aquellos que consientan en evitarlo"<sup>10</sup>.

Se trata de lo que ha dado en llamarse *prevención general* o *general deterrence*, esto es, desestimular las conductas negligentes mediante la graduación en la imposición de las sanciones, de acuerdo a la gravedad de la conducta que se reputa disvaliosa; de esta manera, "sólo se incurrirá en culpa cuando no se ha adoptado una prevención de costo razonable, siendo necesario, pues, cuantificar la razonabilidad. Habría que determinar lo que un hombre razonable debe gastar en prevención para evitar un accidente"<sup>11</sup>. Si bien se advierte, en este concepto seguimos insertos en la función resarcitoria, evaluándose *ex post* el grado de diligencia del ofensor para determinar la indemnización del perjuicio.

No es este, sin embargo, el criterio adoptado en la nueva legislación, sino que directamente coloca a la prevención como una función autónoma y enteramente independiente a la resarcitoria, prescindiendo en forma absoluta de la efectiva producción de un daño.

La distinción entre ambas perspectivas de la prevención es realizada por Díez Picazo cuando indica que "el problema que plantea, en mi opinión, reconocer en las normas de responsabilidad civil extracontractual una función preventiva es que antes de nada hay que deshacer el equívoco en punto a qué tipo de prevención resulta aludido. Si se habla de prevención como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano, que, reconecedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación, lo que es algo parecido a lo que los penalistas mencionan bajo la rúbrica de prevención general, la tesis puede ser admitida, aunque restaría por establecer una mensuración adecuada del influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer. Lo mismo, paso por paso, puede decirse de la

*cumplimiento de Contrato*, Ed. La Ley Uruguay, Mdeo., 2013, pág. 71.

<sup>9</sup> POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Ed. Little, Brown & Company, Boston, 1992, pág. 266.

<sup>10</sup> SALVI, Cesare, *La responsabilidad civil*, Ed. Giuffré, Milano, 1998, pág. 20.

<sup>11</sup> PLADA, Marcelo, *¿Hacia un derecho de daños polifuncional?*, en *Revista La Ley Uruguay*, Año II, N° 12, Mdeo., 2009, pág. 1484.

llamada *prevención especial*. Y si no fue precavido, como dice P. Salvador Coderch, y por eso fue condenado a indemnizar, la prevención (especial) existe porque se influye en las acciones futuras de la misma persona (...). Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del homo aeconomicus: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes<sup>12</sup>.

Si se quiere, pues, la novedad de la función preventiva tal como está estructurada en la novel normativa argentina, consiste para Adela Seguí en que "se consideró que el sistema debía prevenir porque si no lo hacía, entonces teníamos que admitir que había un derecho a dañar (Aguiar), porque el Derecho debe proveer una solución ex ante, en lugar de una solución ex post, al tratarse de un sistema de convivencia que no se satisface con la aplicación de sanciones, sino que primero aspira a no tener que aplicarlas. En nuestro país (Argentina), se entendió que 'la regla según la cual el que daña injustamente repara posee inequívoca vigencia axiológica, pero es prioritaria la de no dañar también derivada del alterum non laedere y conducente a arbitrios que dismantelen la posibilidad de daños injustos y evitables'<sup>13</sup>.

En lo que nos es personal, nos permitimos discrepar con esta visión de que actuar ex post equivale a consagrar un derecho a dañar, precisamente porque la estructura de la norma jurídica está dada por el precepto -no debes causar daños a otros- y la sanción para el caso de incumplimiento -si causas daños, debes repararlos-.

Es decir, la existencia de una consecuencia disvaliosa extrae a la cuestión de la esfera de los derechos, porque si de ejercicio de derechos se tratara, no habría obligación resarcitoria. Ello de la misma forma que el derecho penal no prevé un derecho a asesinar, o el derecho administrativo no postula un derecho de los entes públicos a actuar en forma arbitraria

<sup>12</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo V, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 27.

<sup>13</sup> Citada por MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José, *La prudencia del derecho de daños: de la prevención a la precaución*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 13, Ed. La Ley Uruguay, Mdeo., 2016, pág. 440.

o con abuso de poder, más allá de que esas conductas se den en el terreno de los hechos.

## II) LA ABSORCIÓN DE LA FUNCIÓN Y ACCIÓN PREVENTIVA POR LOS CONCEPTOS TRADICIONALES

### a) Aspectos generales

Sucede que en rigor, el núcleo central de lo que ha dado en llamarse función preventiva, es fácilmente reconducible a los parámetros de los sistemas tradicionales de la responsabilidad civil. Más aún: en nuestra opinión, la prudencia aconseja el mantenimiento de los supuestos excepcionales y restrictivos, que permiten accionar contra quien no ha causado daño alguno.

Intentaremos a continuación fundar nuestro postulado.

Uno de los fragmentos del art. 1710 apunta a no agravar las consecuencias de un daño ya verificado. Se trata del denominado deber de mitigar el daño, ya presente en disposiciones como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en su art. 77. Pero este pretendido deber, como se encarga de manifestar la doctrina, se explica cómodamente dentro de los cauces del nexo causal que se analiza ex post: "la ausencia total o parcial de resarcimiento se fundamenta en la falta de causalidad adecuada entre el incumplimiento y los daños ulteriores que deben ser atribuidos al acreedor omiso; se trata de una aplicación particular del conocido hecho de la víctima"<sup>14</sup>. No es necesario pues, acudir a un deber específico de mitigar el daño, bastando en este sentido con privar al acreedor de la indemnización de aquellos daños que él mismo causó.

Más difícil resulta justificar en línea dogmática, cuando el daño aún no se concretó, que exista un derecho en cabeza del sujeto cuya esfera jurídica no ha sido afectada, de accionar para evitar que el hecho ilícito tenga lugar. Porque de regla, como veremos más ampliamente en el literal siguiente, semejante restricción a la libertad ajena debería darse en hipótesis muy específicas, y no en términos generales.

<sup>14</sup> MANTERO MAURI, Elías, *El llamado deber de mitigar el daño (con especial referencia a los Principios UNIDROIT)*, en *DJC*, Tomo II, FCU, Mdeo., 2014, pág. 145.

## b) La acción preventiva y el principio de libertad

La difusión desmedida de las medidas preventivas puede entrañar diversas dificultades. La primera de ellas tiene que ver con el principio de libertad que rige las sociedades democráticas y liberales, el cual claramente presupone la producción de un daño para que las autoridades judiciales puedan actuar. Este principio está formulado en análoga redacción por las Constituciones de Argentina y Uruguay: "*Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados*", reza el art. 10 de la Constitución Uruguaya<sup>15</sup>.

Cierta doctrina<sup>16</sup> ha manifestado que esta norma, implícitamente, contiene el principio *alterum non laedere* y por tanto impone el deber de prevención.

A nuestro criterio, por el contrario, esto constituye un obstáculo relevante para la extensión indiscriminada, como categoría general, de la función preventiva, porque se entiende que aquello que no afecte a otros se enmarca en la libertad de las personas y no puede en principio ser objeto de juzgamiento. En efecto, los partidarios de esta función autónoma dan por sentado que el peticionante de la acción, y el magistrado que le da trámite, reducen los costos sociales que supondría actuar *ex post*, una vez verificado el perjuicio. En otras palabras, se anticiparon a algo que iba a ocurrir, y con ello cumplen un rol social de relevancia.

El problema es que, a diferencia de cuanto acontece en relatos como *The minority report* de Philip Dick, donde era posible avizorar hechos futuros, la humanidad no cuenta con esa posibilidad. Y como principal afectado queda el demandado en la acción preventiva: un sujeto que fue obligado a dar, hacer o no hacer algo sin haber causado daño a nadie, y quizás -esto

no podemos saberlo- sin que eventualmente el perjuicio se fuera a dar<sup>17</sup>.

Ciertamente, ello no quiere decir que el Poder Judicial no pueda actuar antes de la producción del daño, pero históricamente, cuando ello se plasmó en textos normativos, siempre lo fue con carácter excepcional y una vez verificados ciertos requisitos fundamentales.

Bianca plantea el problema al analizar el instituto de la acción inhibitoria italiana<sup>18</sup>, y termina por admitir este procedimiento preventivo a título de remedio general. Comenta como principal argumento sustancial de los objetores, que la responsabilidad civil es una técnica de atribución (*allocazione*) de los daños, lo cual según el autor, supone negar el deber de respetar los derechos ajenos y a considerar arbitraria una orden del juez que incida en la libertad de la persona imponiéndole un comportamiento de abstención.

Todo lo cual no es de recibo para el destacado jurista italiano porque, al ser deber de cada uno respetar la esfera ajena, la legitimidad del remedio de la acción inhibitoria tiene su base en la propia noción de hecho ilícito, ya violado por el ofensor en caso de conducta idónea a producir un daño.

En nuestra opinión, en cambio, no debe interpretarse esta invocación a la libertad del individuo como una irrestricta posibilidad de dañar a otros sino, precisamente, que no se invada la esfera de autonomía del potencial ofensor en tanto y en cuanto no cause perjuicio a terceros.

En cierto modo, la acción de amparo en su faceta preventiva, de larga tradición en nuestros países, cumple a cabalidad el rol que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación asigna a la acción preventiva. Pero para que aquella pueda prosperar, con buen tino, el legislador puso ciertas condiciones para su ejercicio, en el entendido de que puede vulnerar derechos ajenos. Veamos el art. 1° de la Ley N° 16.011: "*Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo con-*

<sup>15</sup> Similares términos utiliza la Constitución Argentina, con ligeras variantes, coherente con el carácter confesional del Estado: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*" (art. 19).

<sup>16</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de Daños*, Tomo I, Ed. La Ley Uruguay, Mdeo., 2012, pág. 110.

<sup>17</sup> Precisamente el relato, escrito en 1956 y llevado al cine en 2002, plantea la paradoja de que aunque haya una mejora en las tasas de criminalidad por el efecto preventivo de las medidas adoptadas, se condene a sujetos que, al momento de la detención, son inocentes.

<sup>18</sup> BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile*, Vol. V, *La responsabilità*, Ed. Giuffrè, Milano, 1994, pág. 784.

*tra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución*" (los destaques nos pertenecen).

La referencia a la lesión inminente de los derechos, ya nos da la pauta de que estamos ante algo muy similar a la acción preventiva. Pero la norma exige algo más: que haya ilegitimidad manifiesta en el accionar del ofensor<sup>19</sup>.

De la misma manera, las medidas cautelares cumplen un rol equivalente a la acción preventiva dispuesta en la novel legislación argentina. Pero nuevamente, deben reunirse algunos elementos indispensables, a saber: el *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora*, y fundamentalmente la contracautela, esto es, una garantía para el resarcimiento del perjuicio que significaría la adopción de una medida injustificada.

Los tribunales uruguayos han sido rigurosos en este sentido, exigiendo con buen tino parámetros objetivos y certeros para que la medida prospere: "*el peligro de lesión o frustración del derecho (arts. 311, 312 CGP) debe calificarse objetivamente, según criterios racionales, abstractos y generales, apoyándose en las reglas de la experiencia común, es decir, en el 'id quod plerunque accidit' (en lo que ordinariamente acontece), razón por la cual, acerca de la existencia del peligro, no cabe bastar la simple preocupación subjetiva del actor, ni el riesgo de la insolvencia del demandado (siempre posible), es preciso que se acredite la existencia de hechos ciertos, concretos, objetivados y materialmente susceptibles de probarse, de los cuales deriva el riesgo que se teme*"<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> El requisito de la ilegitimidad manifiesta ha sido criticado por diversos autores, invocando que se trata de un elemento no previsto por la Constitución, que se incorporó por vía legal para proteger a las autoridades públicas de los amparos promovidos por particulares (véase OCHS OLAZÁBAL, Daniel, *La acción de amparo*, FCU, Mdeo., 2013, págs. 86 y ss.). Sin embargo, cuando de amparos entre dos particulares se trata –la normativa establece la legitimación activa y pasiva de personas físicas o jurídicas, no necesariamente públicas–, la exigencia de ilegitimidad manifiesta puede tener sentido para poner un freno a la afectación de la libertad, principio muy caro a los individuos pero ajeno a los entes estatales que se rigen por el principio contrario, es decir, la especialidad.

<sup>20</sup> TAC 4°, Sent. N° 75/2013 de 16/10/2013, Turell, Maggi, Gatti (Red.).

Hay otras normas que de larga data establecen un supuesto de acción preventiva particular, como el art. 620 del Código Civil uruguayo, enclavado impropiaemente en sede de servidumbres: "*Si un edificio o pared amenazare ruina, podrá el propietario ser obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine. Si no cumpliera el propietario, la autoridad podrá hacerlo demoler a costa de aquél. Lo mismo se observará, cuando algún árbol corpulento amenazare caerse*".

Esta disposición puede encontrar su fundamento, claramente, en el interés público de que la ruina de la edificación no cause daños a terceros. Ello justifica a nuestro criterio esta situación excepcional en que se puede obligar a un sujeto a efectuar una erogación contra su voluntad, y sin la presencia de un daño concreto.

A nivel doctrinario, se procura distinguir la nueva acción preventiva, separándola de los restantes mecanismos actualmente existentes, dado que "*los requerimientos del derecho sustancial, y particularmente la prevención del daño, contribuyeron a la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas*", agregándose que "*la tutela de urgencia no se agota con las medidas precautorias porque también lo 'urgente' está presente –autónomamente– en ciertas pretensiones que recaen derechamente sobre aspectos materiales o sustanciales*"<sup>21</sup>. A esto hace referencia el art. 1713 CCCNA al mencionar que la sentencia debe resolver sobre lo peticionado "*en forma definitiva o provisoria*", siendo la medida cautelar ciertamente extraña a la resolución definitiva de las controversias. Por eso lo indicado recién: la acción de amparo en su versión preventiva permite, ella sí, cubrir de forma eficiente la tutela autosatisfactiva porque supone un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

La única novedad estaría dada –lo que a la luz de lo precedentemente expuesto es una nota negativa de la acción preventiva– por la ausencia de toda exigencia de gravedad e inminencia del perjuicio, bastando simplemente con el elemento previsibilidad, con las dificultades que analizaremos en los capítulos sobre ilicitud y daño.

<sup>21</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2015, pág. 307.

### III. EL ELEMENTO ILICITUD

Ante los desarrollos que anteceden, podría objetarse que no cualquier acción humana da mérito a una acción preventiva, sino que la posibilidad de abuso y afectación a la libertad ajena se ven limitadas por la exigencia de la norma argentina de que esté presente el elemento ilicitud (*rectius*: antijuridicidad).

Sin embargo, si se profundiza el análisis se advierte que existe una cierta incongruencia en la regulación sobre el punto.

En efecto, por un lado, el art. 1711 del CCCNA indica que la acción preventiva procede "cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento"; y por otro, en la definición de ilicitud obrante en el art. 1717 se establece que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Se hace cuesta arriba, entonces, comprender cómo el acto u omisión que da lugar a la acción preventiva -donde por definición no aconteció todavía el daño-, puede ser antijurídico si, precisamente, la antijuridicidad está definida como una cuestión inseparable del perjuicio.

El único camino sería dar un paso -que el CCCNA no llega a dar- desde la concepción valorativista de la ilicitud concebida en los derechos modernos, hacia la concepción imperativista.

Enseña Gamarra que "es imposible confeccionar un catálogo de las prohibiciones; la búsqueda de la prohibición específica o concreta (aún admitiendo que pueda resultar implícitamente) presenta en Derecho Civil serios obstáculos o desemboca en ficciones (admitir deberes particulares allí donde no están establecidos). (...) Es más lógico, entonces, en vez de referir la ilicitud al ofensor (éste comete un acto ilícito porque viola un deber), vincularla al daño (aunque, por supuesto, sin confundirla con éste). Así entendida viene a reducirse a la exigencia de un derecho o interés, o situación, jurídicamente protegidos, el cual, cuando es lesionado, legitima activamente su titular para accionar en responsabilidad civil. Por medio de la ilicitud el sistema opera, entonces, una selección de los daños, e indica cuáles son resarcibles, y por ende, los sujetos que contarán con legitimación activa en materia de responsabilidad"<sup>22</sup>.

En similar sentido, Mosset Iturraspe<sup>23</sup> analiza las distintas concepciones que sobre la antijuridicidad se han ido dando con los años: (a) *formal*, basada en la tipicidad del ilícito con doble previsión del comportamiento y la sanción; (b) *material*, para la cual es injusta toda conducta que lesiona un derecho subjetivo ajeno es ilícita; (c) *subjetiva*, donde se abandona el criterio de la desaprobación de la conducta para concentrar el foco en la conducta del autor; y (d) *objetiva*, que es la compartida por el autor, donde el juicio de aprobación o desaprobación atiende al acto o hecho, y en particular al daño causado, de manera que todo daño es antijurídico salvo que exista una causa de justificación.

Como vemos, el CCCNA parece adoptar en sede de función resarcitoria la concepción más admitida en épocas recientes, que desmarca al elemento ilicitud del incumplimiento de normas, para replegarla al comportamiento que causa daños no justificados. Pero cuando de función preventiva se trata, como el perjuicio por definición no existe, y no hay una definición autónoma del concepto para esta otra función, sólo cabe concluir que se vuelve a la tesis normativista del deber jurídico específico violado.

A nuestro criterio, los comentadores del Código no logran desentrañar este dilema. Así, cuando Lorenzetti analiza el mencionado art. 1717, y en particular la antijuridicidad en la omisión, establece que "el artículo que se comenta deja en claro que también en materia de omisiones la antijuridicidad es material o atípica, porque basta con la violación del deber general de no dañar. Sin embargo, la existencia de un previo deber de actuar debe ser evaluada en cada caso sobre la base de las pautas que proporciona el artículo 1710 (...). Conjugando todas estas pautas, puede decirse que habrá un deber de evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero. En tal sentido, en los Fundamentos del Código se expresa que este deber de prevención pesa sobre toda persona en tanto dependa de ella, es decir que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, porque de lo contrario se puede con-

<sup>22</sup> GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX, FCU, Mdeo., 2004, págs. 185 y 186.

<sup>23</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993, págs. 59 a 62.

vertir en una carga excesiva que afecta la libertad"<sup>24</sup>. Como se advierte, se intenta salvar el escollo pero no se resuelve enteramente la paradoja de que se exija ilicitud en un acto no dañoso -a efectos de dar lugar a la acción preventiva-, cuando el propio concepto supone necesariamente la existencia de un perjuicio.

La única forma de solucionar el entuerto sería, insistimos, entender que la antijuridicidad significa una cosa cuando hablamos de función indemnizatoria, donde conforme a la doctrina valorativista será ilícito todo daño no precedido de una causa de justificación; y otro distinto cuando de función preventiva se trata, en cuyo caso debería postularse como lo hacían los imperativistas, un listado *numerus clausus* de las conductas no perjudiciales que de todos modos aparejan responsabilidad.

Sin embargo, como venimos señalando, el CCCNA no lo hace, consagrando una fórmula no sólo demasiado abierta y de difícil concreción -la cual es necesaria para no caer en el riesgo de afectación excesiva a la libertad-, sino además, como vimos, contradictoria.

#### IV. EL PROBLEMA DEL DAÑO

##### a) Cuestiones generales

La adopción de un esquema donde la prevención cumpla un rol fundamental, a la par de la función resarcitoria, lleva consigo un cambio sustancial en los elementos de la responsabilidad tal como lo venimos concibiendo, y en particular el daño: "*en el derecho de daños preventivo el daño no es un elemento del sistema, encontrándose en su lugar el elemento riesgo. Como ya se expresara, el ámbito de la prevención es el riesgo probabilidad, en otros términos, la prevención es aplicable cuando existe probabilidad, verosimilitud, de producción de daño. En este caso el daño no es actualmente perceptible, constatable, sino que es probable, siendo el riesgo respecto al mismo el elemento actualmente perceptible y constatable. En tanto probable significa verosimilitud o fundada apariencia de verdad, el riesgo probabilidad de daño supone certeza científica que el daño se producirá. En tanto existe certeza que el daño se producirá, existe certeza científica del riesgo y es aplicable la teoría de la causalidad adecuada*

a los efectos de verificación de la relación de causalidad"<sup>25</sup>.

Sin embargo, si uno analiza el flamante Código argentino, no se verifica ese cambio de paradigma que coloca al lado del daño al riesgo. Parece sí haber una intención en tal sentido, al iniciarse el capítulo con una referencia genérica en el art. 1708 a que los artículos siguientes aplican a ambas funciones. Pero todo el resto de las disposiciones del Título V, y en particular del Capítulo 1 (Responsabilidad Civil), excluyendo los arts. 1710 a 1713, siguen haciendo referencia al daño como elemento aglutinador de los supuestos de hecho generadores de responsabilidad.

De hecho, en las disposiciones sobre responsabilidad, como ser en los hechos de ciertas cosas o actividades<sup>26</sup>, se advierten algunas escasas menciones al riesgo, pero se responsabiliza por el daño efectivamente causado; e incluso expresamente se deja por fuera la exoneración el caso de empleo por parte del ofensor de técnicas de prevención del daño.

Lo curioso es que otros artículos que tienen un cariz eminentemente preventivo por fuera de la responsabilidad civil, sí requieren la presencia de riesgos graves e inminentes; a título de ejemplo, el art. 41 lit. b) en sede de internación compulsiva indica que la misma procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros.

En definitiva, más allá de la intención explicitada al comienzo del Título por parte del codificador, que apuntaba a colocar al mismo nivel a la prevención y al resarcimiento, lo cierto es que esta última función prevalece notoriamente, y la prevención ocupa un lugar básicamente secundario, reducido a un mecanismo procesal que es fácilmente reconducible a otros instrumentos preexistentes.

<sup>25</sup> DÍAZ FERNÁNDEZ, Hugo, *El principio precautorio en el derecho de daños al medio ambiente*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 8, Ed. La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, pág. 300. Aquí es donde se marca una diferencia entre prevención y precaución, en el sentido de que este último concepto a diferencia del que estamos analizando, no supone certeza científica de la producción del efecto dañoso.

<sup>26</sup> Así sucede con los arts. 1757, 1758 y 1759 CCCNA.

<sup>24</sup> LORENZETTI, Ricardo, op. cit., págs. 368 y 369.



## b) La futuridad del daño y las dificultades para su cuantificación

Por otra parte, la certeza del daño o su carácter actual –sin perjuicio de sus proyecciones hacia el futuro– son un requisito indispensable para que prospere cualquier juicio de responsabilidad.

Al abordar el tema de la prescripción liberatoria, Mosset Iturraspe sostiene que los plazos deben contarse “desde que sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad; a partir del comportamiento antijurídico imputable, sea el incumplimiento obligacional, sea la violación del *neminem laedere*. Pero si no hay contemporaneidad entre ese hecho y el perjuicio que el mismo acarrea, si el daño aparece después, la acción resarcitoria no nace hasta ese segundo momento, pues no hay resarcimiento si el daño es inexistente”<sup>27</sup>.

Con singular elocuencia, al postular que el daño debe ser cierto, Carbonnier manifiesta que a dicho concepto “se opone el daño eventual o hipotético, que no puede dar lugar a reparación (por ej., un propietario nunca obtendrá una indemnización por el riesgo de incendio resultante de la contigüidad de una línea de alta tensión)”<sup>28</sup>. Para Gamarra, más que de la certeza del daño, debe hablarse de la realidad o existencia del mismo: “habrá daño cuando su existencia no pueda ser puesta en duda; basta, pues, con un daño (o si se quiere, el daño es cierto cuando existe)”. De esta manera, “el daño cierto es el daño a secas y el llamado daño eventual o hipotético es la ausencia de daño; no es que este último no deba tomarse en consideración porque le falte el requisito de la certeza, sino porque no existe como tal, esto es, como daño acaecido”<sup>29</sup>. Por su parte, más atrás en el tiempo, Planiol y Ripert manifestaban que “el derecho no es como la moral, que mira la falta en sí misma y abstracción hecha de sus resultados: un

legislador no tiene más preocupación que por el orden social, y no debe intervenir sino sólo si el orden es perturbado. De ello resulta que la falta no existe jurídicamente más que por sus resultados, es decir por el daño que ella pudo causar. El derecho no debe tener en cuenta una falta que no haya producido ningún daño”. Ello no quiere decir, continúan los autores, que *faute* y *dommage* se confundan porque el daño es una consecuencia posible, pero no necesaria: “si un acto constituye una falta, no es porque sea dañoso, es porque es contraria a derecho. El daño es solamente la condición para que la falta sea reprimida por el Derecho”<sup>30</sup>.

El art. 1711 CCCNA prevé como posible contenido de la sentencia que recaiga en la acción preventiva, el de una sentencia de condena. Ello nos enfrenta al problema de cuantificar un daño que no sólo aún no existe, sino que tampoco se tienen las bases ciertas para su determinación. La cuestión podría ser más sencilla, si se quiere, en aquellos casos en que la acción propende a limitar los efectos de agravamiento del perjuicio, pero cuando aún no hubo siquiera el mínimo atisbo de daños, las dificultades pueden ser mayúsculas.

En los juicios de responsabilidad que tienen lugar en el esquema tradicional, el magistrado se coloca siempre *ex post facto* del evento dañoso, o si se nos permite la expresión coloquial, “con el diario del lunes”. Ello le otorga una mayor facilidad para pronunciarse sobre aquello que debe reputarse previsible o imprevisible para las partes litigantes.

Sin embargo, las dificultades a las que puede enfrentarse un juzgador para realizar un juicio de reproche a quien no adopta las medidas necesarias para prevenir, no son en absoluto menores: ¿cuáles son esos recaudos que deben tomarse? Más aún, ¿con qué criterio se determina que del potencial ofensor dependa la prevención, como postula el art. 1710 CCCNA? Son preguntas de difícil respuesta cuando se trata de la concreción de estas disposiciones generales que –insistimos, con buenas intenciones– consagró el legislador argentino.

<sup>27</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Problemática de la prescripción liberatoria en derecho de daños*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000, págs. 32 y 33.

<sup>28</sup> CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 64. El autor también sostiene que cuando el daño puede ser evitado, pueden pedirse a un juez las medidas correspondientes; pone el ejemplo de un edificio que amenaza ruina, pero esta solución obedece a una norma específica que prevé dicho supuesto.

<sup>29</sup> GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX cit., págs. 240 y 241.

<sup>30</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome Deuxième, Ed. LGDJ, París, 1937, págs. 307 y 308 (la traducción nos pertenece).

## V. CONCLUSIONES

En síntesis, entendemos que no resulta de recibo postular la existencia de la prevención como una función de la responsabilidad, separada de la indemnizatoria, y eventualmente la punitiva en aquellos ordenamientos que la consagren. Estas dos últimas centran su foco respectivamente en la víctima y en el ofensor, pero en ambos casos presuponen la ocurrencia de un daño.

Si de prevención puede hablarse, los sistemas tradicionales cumplen esa función porque la propia amenaza que el ordenamiento jurídico realiza a los potenciales ofensores, de que deben reparar el perjuicio causado, opera eficientemente como barrera de contención para evitar los daños. Nadie se ampara en su libre albedrío para cometer alegremente fechorías, porque sabe que detrás de esas acciones reprochadas por el Derecho, hay una obligación indemnizatoria a la que nadie desea enfrentarse.

Por otro lado, desde la perspectiva procesal, el rol que desempeña la acción preventiva en el CCCNA también es eficazmente cumplido por instrumentos ya existentes como las medidas cautelares -provisoriamente- o la acción de amparo -en forma definitiva obteniéndose un pronunciamiento sobre el mérito del asunto-. Incluso, en la medida que se trata de obligar a sujetos libres a dar, hacer o no hacer algo sin que se haya afectado la esfera

jurídica ajena, entendemos preferibles estos mecanismos actualmente vigentes que tienen exigentes requisitos para su procedencia, antes que una acción demasiado lata, y por ende peligrosa si los magistrados no la utilizan con suma prudencia.

En su oportunidad, se postuló la separación de la responsabilidad del concepto de culpa, para atender la situación de las víctimas, e incluso de del concepto de ilicitud, reconociéndose la idea de la responsabilidad por hecho lícito.

Sin embargo, y más allá de admitirse, insistimos, la tutela preventiva a título excepcional, entendemos que consagrar como categoría general a la *responsabilidad sin daño* -pues no otra cosa es la función preventiva- supone ir demasiado lejos, siendo imposible dar ese paso sin convertir a su vez a la responsabilidad civil -o derecho de daños, como paradójicamente gusta decirse ahora- en otra cosa.

Quizás deba admitirse la existencia de perjuicios en el mundo moderno, como precio a pagar por vivir con cierta autonomía, y no pretender impedirlos a toda costa y a cualquier costo, si se nos permite el juego de palabras. Como en la parábola bíblica del trigo y la cizaña<sup>31</sup>, deberemos esforzarnos para que el ahínco puesto en la digna tarea de evitar daños, no termine coartando el libre albedrío de los sujetos más allá de lo razonable.

<sup>31</sup> Les refirió otra parábola, diciendo: El reino de los cielos es semejante a un hombre que sembró buena semilla en su campo; pero mientras dormían los hombres, vino su enemigo y sembró cizaña entre el trigo, y se fue. Y cuando salió la hierba y dio fruto, entonces apareció también la cizaña. Vinieron entonces los siervos del padre de familia y le dijeron: Señor, ¿no sembraste buena semilla en tu campo? ¿De dónde, pues, tiene cizaña? Él les dijo: Un enemigo ha hecho esto. Y los siervos le dijeron: ¿Quieres, pues, que vayamos y la arranquemos? Él les dijo: No, no sea que al arrancar la cizaña, arranquéis también con ella el trigo. Dejad crecer juntamente lo uno y lo otro hasta la siega; y al tiempo de la siega yo diré a los segadores: Recoged primero la cizaña, y atadla en manojos para quemarla; pero recoged el trigo en mi granero (Mateo 13, 24-30).