

**Voces:** UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL

**Título:** La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal

**Autor:** Sema, José Ignacio

**Publicado en:** DJ16/09/2015, 1

**Cita Online:** AR/DOC/2287/2015

**Sumario:** I. Introducción.— II. Fundamentos de la asignación de la función preventiva a la responsabilidad civil.— III. Los fundamentos del anteproyecto y del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.— IV. Nuevo fundamento: contextual o sistemático.— V. Conclusión.

### **I. Introducción**

Una de las novedades más trascendentes del nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad civil es la declaración expresa de la función preventiva del daño como propia de esa rama del derecho, junto con la resarcitoria (art. 1078, Cod. Civ. Com.).

El legislador decidió así zanjar una discusión que a nivel doctrinal era de larga data —de la que brindamos un panorama más abajo—, tomando partido de manera explícita y contundente por una posición que, alejándose de lo que fuera el enfoque tradicional en la materia, se muestra como un *aggiornamento* inevitable a los tiempos que corren y, especialmente, a las ideas hoy dominantes en materia de responsabilidad civil.

Lo anterior no constituye un dato menor, por cuanto parte de la doctrina que sostenía que la función exclusiva de la responsabilidad civil es la reparadora, sustentaba esa idea en la afirmación de que "prevenir la realización de conductas irrazonablemente peligrosas no es una función normativa de la responsabilidad civil". (1) Pues bien, desde la sanción del nuevo Código, este argumento ya no es sostenible. En otros términos, se podrá cuestionar lo relativo a la función preventiva de la responsabilidad civil desde la perspectiva dogmática, de *lege ferenda*, más ya no de *lege data*.

Ahora bien, el legislador no sólo se quedó en la mera declamación de tal finalidad (lo que nos parece impropio de un Código), sino que a renglón seguido se ocupó de traducir la misma en soluciones normativas concretas, regulando de manera específica en una sección (2) casi exclusivamente destinada a tal fin cuestiones directamente vinculadas con el objetivo preventivo: el deber de prevención del daño (art. 1710), el ejercicio de la acción preventiva (art. 1711), la legitimación para tal ejercicio (art. 1712) y el contenido de la resolución judicial dictada en orden (art. 1713).

Esta prolija regulación de la materia que aquí se analiza es tan o más importante que la sola afirmación contenida en el art. 1078 del nuevo cuerpo, dado que ello implica, en los hechos, plasmar normativamente en forma concreta y efectiva la tutela preventiva en favor de la víctima, más allá de algún cuestionamiento que pueda hacerse a la técnica legislativa.

Como adelantáramos, tal decisión implica en los hechos adecuar la legislación que regula esta materia a lo que constituyen las opiniones rectoras que al respecto imperan por estos tiempos. Desde hace ya varias décadas se habla con insistencia que la responsabilidad civil no mira tanto al victimario (visión decimonónica de los Códigos del Siglo XIX) como a la víctima; que la preocupación central del Ordenamiento Jurídico no es tanto sancionar al "responsable", cuanto brindar respuestas adecuadas al dañado. De ahí que hasta se haya propuesto inclusive por algún sector doctrinario un cambio de denominación: se habla de "derecho de daños", en cuanto da cuenta del menoscabo como elemento central al que debe atenderse, en lugar de "responsabilidad civil", que más bien parece referir a la respuesta que el sistema prevé para quien lo ocasiona. (3)

La perspectiva anticipatoria del perjuicio se inscribe en esta tendencia, y hasta puede aseverarse que se trata de un estadio superador dentro de la concepción "humanista" de la responsabilidad por daños, en tanto procura —directamente— su evitación.

El objeto de este trabajo lo constituye el brindar una breve reseña de los fundamentos destacados por la doctrina que, a nuestro juicio, justifican sobradamente esta nueva visión de la responsabilidad civil que adopta el Código Civil y Comercial, como así también anticipar, explicar y desarrollar un nuevo argumento en tal dirección, derivado de la relación de "nueva" función con los postulados centrales de dicho cuerpo normativo.

### **II. Fundamentos de la asignación de la función preventiva a la responsabilidad civil**

#### **a) Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva**

Durante mucho tiempo ha sido materia de discusión a nivel doctrinal el relativo a las funciones de la responsabilidad civil.

En verdad, obviamente nadie dudaba que la resarcitoria efectivamente constituye "la" función y el objetivo central de aquella rama del derecho privado. También en la actualidad parece bastante incuestionable que se trata de su función prevaleciente; de hecho así se destaca expresamente en los fundamentos del nuevo cuerpo

legal. Sin embargo algunos autores empezaron a asignar otras nuevas funciones a la responsabilidad civil, llegándose a reconocerse, entre otras, una función "demarcatoria" (delimitación de fronteras entre los ámbitos en que existe libertad de actuación y aquellos otros en los que ella se encuentra limitada en pos de la protección de determinados bienes o servicios), una función de "minimización de costos sociales" (mediante la reducción de la cantidad y gravedad de los accidentes, el empleo de mecanismos de "socialización" de los daños —como el seguro o los fondos de garantía— y la reducción de los costos administrativos), una función "punitiva" (que se manifiesta en institutos tales como las astreintes y, particularmente, el "daño punitivo"), una función "admonitoria" (que consistiría en "amonestar" al responsable, quien, teniendo en cuenta ese efecto procuraría evitar el hecho dañoso), y una función "preventiva" (que permitiría acudir a diversas vías para impedir la producción de daños inminentes o a hacer cesar los que se están produciendo). (4) Ello fue justamente descripto como una "esquizofrenia de fines y objetivos" (5) o una "hipertrofia de funciones". (6)

Al margen de tales excesos, lo que sí han discutido los autores es si cabe asignar o no a la responsabilidad civil la función de prevención del daño. Ello, a nuestro criterio, está ligado a la concepción ideológica y hasta —si se quiere— filosófica desde la que se enfoca en esta época a esta rama del derecho, y no sólo con una cuestión semántica o terminológica, tal como pareciera postular alguna doctrina. (7)

Una primera postura sostiene que la reparación es el efecto exclusivo de la responsabilidad civil, en tanto que la prevención es propia de otras ramas del derecho. Así por ejemplo, asevera Pantaleón: "La pretendida función preventiva de la responsabilidad extracontractual parece, así, disolverse en expresiones retóricas como la siguiente: si no cabe descartar que la amenaza de tal responsabilidad desincentive la realización de conductas creadoras de riesgos irrazonables de daño, no resulta sensato que el legislador desprecie dicho potencial preventivo. Pero —repetimos— tiene que despreciarlo, y dejar la labor preventiva a los especializados Derecho penal y administrativo sancionador, cuando su aprovechamiento sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa. Por eso sostenemos que la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo". (8) Llamas Pombo, afirma que la responsabilidad civil no es ni preventiva ni punitiva, sino puramente indemnizatoria. (9) Bustamante Alsina parecía, originalmente, coincidir al señalar: "De lo dicho resulta que la responsabilidad civil comporta siempre dar cuenta a otro del daño que se le ha causado". (10) En la misma línea, Pizarro (11) y Llabrás (12), entre otros.

Otra corriente doctrinaria —mayoritaria, por cierto— entiende que en principio, la función principal de la responsabilidad civil es la reparadora, aunque no negando que pueda asignárseles otras funciones secundarias como la preventiva o sancionatoria. Así por ejemplo Trigo Represas y López Mesa aseveran: "Sin duda que el derecho actual propende a la evitación y disminución del daño; pero siguiendo a importante doctrina consideramos que ésta es una función complementaria de la responsabilidad civil". (13)

Otros autores reducen la discusión a una cuestión semántica, entendiendo que la expresión "derecho de daños" constituye un género, bajo cuyo manto se incluyen las cuestiones de la prevención del daño aún no causado y la de la indemnización de los ya ocurridos, del cual la "responsabilidad civil" es una especie, referida exclusivamente a la obligación de reparación. (14) En este sentido se expresa que evitar y punir están "fuera" de la responsabilidad civil; a lo sumo, junto a la función de resarcir, podrían englobarse en el amplio rótulo del Derecho de daños. (15)

Por último, calificada doctrina aseveraba mucho antes de que ello fuera plasmado legislativamente, que la función de prevención del daño integra la materia propia de la responsabilidad civil. En esta línea, Zavala de González (16) afirmaba: "la responsabilidad por daños no se ciñe a repararlos. Alcanza la asunción de gestiones impidentes, correctivas o eliminatorias de riesgos inadmisibles o de efectos perniciosos". Pero además, destacaba la autora cordobesa que no se trataba de una función complementaria de la resarcitoria: "Esa prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma; debe constituir finalidad primaria, en lugar de derivación colateral y secundaria, inducida por la vigencia de obligaciones resarcitorias". En similar posición, Lorenzetti expresaba ya hace treinta años: "El derecho privado tradicional se basaba en que la tutela preventiva era tarea del Estado y del derecho administrativo; su función era entonces la tutela represiva, resarcitoria; se actuaba después de la lesión. Actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social proporcionan un nuevo paradigma para el análisis de estas nuevas herramientas... En el derecho civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes de que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias". (17)

#### b) Fundamentos doctrinarios que justifican la función preventiva de la responsabilidad civil

Los autores que consideran que la función de prevención del daño es propia de la responsabilidad civil, ya se había encargado de brindar sólidas razones en orden a justificar tal postura con mucha antelación al inicio de la tarea de redacción del nuevo Código.

Esencialmente, esos argumentos pueden ser clasificados de la siguiente manera:

#### b.1) Fundamento lógico y/o de sentido común

La idea central de tal justificación es la creencia social razonable (vale decir, de sentido común) de que siempre es más conveniente prevenir que reparar.

Insistente y reiteradamente citado por nuestros autos, De Cupis explica que desde el punto de vista de la víctima, la prevención del daño es inconmensurablemente preferible a su reparación, la que como sabemos en materia de responsabilidad aquiliana muy excepcionalmente permite la reposición en especie y debe forzar sucedáneos dinerarios que nunca cubren la magnitud de lo perdido. (18) Basta pensar la pérdida —esencialmente "extrapatrimonial"— que padece un padre que pierde a un hijo en un accidente de tránsito. Ninguna indemnización dineraria compensará su sufrimiento.

Es bajo ese concepto que acertadamente se ha afirmado que "no hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación" (19), o que "siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se indemnice bien". (20)

#### b.2) Fundamento jurídico-constitucional

Con todo acierto, Zavala de González (21) advertía hace unos años que el imperativo de no dañar reviste rango constitucional conforme, entre otros, art. 19, Ley Suprema. Dicho principio debe ser interpretado de manera literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención ex post), sino de evitación del daño (actuación ex ante).

De lo anterior derivaba que la exigencia no ya sólo ética, sino jurídica del deber de "no dañar" requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados. Ello en función de esa especial interpretación que correspondía (y corresponde aún) efectuar respecto del principio alterum non laedere que consagra la citada norma constitucional.

En otras palabras, para la autora cordobesa —en posición que compartimos— el deber constitucional de no dañar exige ante todo procurar su evitación, recién luego de lo cual, en caso de fallar en dicha empresa, proveer su resarcimiento. De allí que aludía —citando a Llamas Pombo (22)—, a un "derecho a la indemnidad", oponible erga omnes.

#### b.3) Fundamento económico

También se ha destacado que la prevención de los perjuicios trasunta además un beneficio de tipo económico o macroeconómico. Así ocurre en la generalidad de los supuestos pues, por lo común, "los costos de prevención no son iguales a los costos de los daños; normalmente son inferiores". (23)

Para las corrientes de pensamiento alineadas con el "análisis económico del derecho", la responsabilidad debe tener por objetivo la reducción de los costos de accidentes, lo cual se logra mediante la adopción de medidas preventivas que persiguen, entre otros objetivos, la reducción del número y gravedad de accidentes. Ello a través de dos mecanismos básicos: 1) prohibiendo actos específicos o actividades consideradas como causas de accidentes: prevención general o método del mercado; y 2) encareciendo el ejercicio de esas actividades, y en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costos de los accidentes que provocan: prevención específica o método colectivo. (24)

### III. Los fundamentos del anteproyecto y del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

Como se dijo, el legislador optó por zanjar la discusión incorporando de manera expresa como función propia de la responsabilidad civil a la preventiva, regulando además algunas cuestiones sustanciales atinentes a la misma.

Los fundamentos que proporcionaron los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación fueron, básicamente, que el nuevo paradigma de la responsabilidad civil impone que las normas civiles que la regulan no atiendan exclusivamente al patrimonio de la persona —donde la lógica resarcitoria cobra gran relevancia en virtud de que los bienes que lo integran tienen valor pecuniario— sino propender a brindar resguardo a la persona considerada en su integralidad y, por tanto, a otros aspectos vinculadas a la misma ajenas a todo concepto de precio o de valor económico: "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". (25)

Se trata, como se ve, de una nueva valoración de la responsabilidad civil a partir de una novedosa concepción normativa de la persona humana, que ahora se visualiza de manera realista en su integralidad, en sus múltiples facetas.

Por su parte, los fundamentos del proyecto de reforma del mismo cuerpo legislativo justifican la incorporación de la teoría de la prevención del daño en función del sentido profundamente humanista que inviste pero, a la vez, por cuanto es económicamente eficiente. "Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia". (26)

En este caso, las justificaciones claramente responden a una visión utilitaria/economicista o, si se quiere, de

análisis económico del derecho.

Sin perjuicio de las declaraciones formuladas de manera explícita por los autores de anteproyecto y proyecto del nuevo Código, con toda seguridad han seguido aquellos las posturas y explicaciones que desde la doctrina mayoritaria justifican el reconocimiento de la función preventiva de la responsabilidad civil. De hecho, en los fundamentos del anteproyecto se hace alusión expresa al tratamiento de la cuestión por la dogmática doctrinal.

Tales argumentaciones obviamente resultaban trascendentes antes de la sanción del nuevo Código, primordialmente, al no existir previsión legal al respecto. El operador jurídico recurría entonces a aquella fuente material del derecho para fundamentar tal posición.

Podría pensarse entonces que, habiendo el nuevo Código Civil y Comercial incorporado dicha función preventiva y regulado en forma detallada la manera de hacerla efectiva, sus límites y consecuencias, aquéllos esfuerzos especulativos carecerían ahora de toda utilidad.

Creemos que ello no es así, por cuanto el trabajo de la doctrina (además de los profusos aportes de la jurisprudencia) ha sido el antecedente directo de la plasmación del principio de prevención en el Código Civil y Comercial, por lo cual seguramente puede encontrarse en esos desarrollos doctrinales soluciones y respaldo argumental para la efectiva implementación de la ley a los casos concretos, presentándose entonces como una herramienta complementaria de indudable utilidad. La doctrina mucho ha dicho a este respecto, con bastante antelación a la promulgación de este nuevo cuerpo normativo. Hay un frondoso material en esta fuente de derecho para aprovechar por parte del operador jurídico.

#### **IV. Nuevo fundamento: contextual o sistemático**

Hemos hecho más arriba un breve racconto de las distintas posiciones doctrinales en relación a la función preventiva del daño dentro del marco de la responsabilidad civil.

También hemos consignado las fundamentaciones centrales de aquellos autores que afirmaban tal función como propia de esta materia y que han determinado al legislador a asignarla en forma explícita a aquél ámbito del derecho privado patrimonial en el nuevo cuerpo normativo.

Evidentemente la incorporación de la función preventiva de la responsabilidad civil por el Código Civil y Comercial, además de tomar partida por la discusión antes descrita, aporta certeza y seguridad jurídica, dado que la ley es en nuestro sistema jurídico la fuente formal principalísima de derecho. Por tanto, como ya se dejara entrever, las necesidades de fundamentación de la mentada función —al margen de las estrictamente dogmáticas— podrían considerarse innecesarias o parcialmente inocuas.

Sin embargo, no sólo el propio Código admite y reconoce otras fuentes jurídicas (27) (art. 1º), sino que además la interpretación de la ley debe efectuarse teniendo en cuenta, amén de sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, según dispone imperativamente el art. 2º del nuevo Código. Más aún, la aplicación de la ley debe ser conforme con las disposiciones de la Constitución y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 1º). De modo que —aunque más no sea una situación excepcional— en algún caso concreto un Juez podría sostener la no aplicación de las soluciones preventivas que se asignan a la responsabilidad civil, con sustento en la aplicación de otras fuentes jurídicas (en los casos en que lo admite el Ordenamiento) o en función de una interpretación no—exegética de la ley. O podría el juzgador verse inmerso en una situación de duda en relación a la existencia de los elementos a que la propia ley condiciona la aplicación de la tutela preventiva.

Es en estos escenarios —no ya tan sólo dogmático sino pragmático— en donde recobra sentido encontrar fundamentaciones adecuadas en orden a sostener la aplicación del instituto jurídico preventivo, más allá de lo dispuesto por la ley.

Desde esta perspectiva es que reiteramos la valoración que debe hacerse de los ensayos doctrinarios tendientes a sostener la mentada función preventiva de la responsabilidad civil.

Y es también desde esta mirada —que, reiteramos, involucra la visión dogmática y la pragmática— que, luego de un análisis atento del nuevo cuerpo, nos permitimos sostener una nueva justificación, que proponemos denominar "contextual o sistemática", en virtud de que la "nueva" función de la responsabilidad civil y el consecuente deber de prevenir el daño que impone el novísimo cuerpo normativo encuentran explicación también ahora en la estrecha vinculación de los mismos con los valores o paradigmas más trascendentes que, al decir de uno de sus propios autores, guían la estructura del nuevo Código (28), y que se plasman en su articulado.

Ello además es conteste con la indicación que contiene el art. 2º del propio Código, que establece la interpretación legal en forma coherente con el resto del ordenamiento, lo cual a su vez se ajusta al postulado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto. (29)

A la vez, ese ligamen entre función preventiva y ejes centrales del nuevo Código explican la nueva asignación funcional que ha hecho la ley en tanto y en cuanto aquélla se convierte en un instrumento adecuado para la realización de éstos.

A continuación, mencionamos —siguiendo a Lorenzetti— los valores centrales del nuevo régimen normativo civil y comercial, y destacamos la vinculación existente en cada caso con la función preventiva de la responsabilidad civil.

a) Constitucionalización del derecho de daños

Según una postura franca e inocultablemente prevaleciente desde hace ya algunos años (30), se ha arraigado en nuestro derecho el principio de que el deber de no dañar a otro ostenta raigambre constitucional en virtud de la norma del art. 19 de la Carta Magna.

Han contribuido notablemente a asentar y a robustecer tal orientación algunos fallos señeros dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en el caso "Gunther"(31), como en "Santa Coloma"(32), aseveró que el principio del alterum non laedere tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional al entender que tanto las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros quedando en la esfera de reserva personal únicamente las acciones privadas que no ofenden la moral pública ni el derecho de otro. A partir de esta premisa se falló que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero". Razón por la cual "la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (33)

De lo anterior se desprende que la idea rectora del principio de constitucionalización del derecho de daños es que la causa fuente del deber de no dañar debe buscarse, derechamente, en la propia Carta Magna y en el conjunto de tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional. Dicho en otros términos, el derecho a no ser dañado y, en su caso, a ser indemnizado encuentra su fuente en la propia Constitución Nacional. En tal sentido se ha puntualizado que los principios constitucionales "modifican las jerarquías de las situaciones jurídicas privadas y crean una nueva fuente, superior y ordenadora". (34)

Ahora bien, ¿qué significación concreta cabe darle a tal principio? Lo explica con lucidez Mosset Iturraspe: "A partir del respeto a la persona humana, centro y eje del derecho, de la consideración básica de su dignidad, la Constitución se preocupa por preservar la persona de todo daño, detrimento o menoscabo; de asegurar su indemnidad, que equivale a decir la consideración y el respeto por el hombre; de hacer verdad o dar vigencia al principio romano del *neminem laedere*: no dañarás y si lo haces cargarás con las consecuencias, las de tu obrar desconsiderado; de tu autoría, hayas actuado queriendo o sin querer, con culpa o sin ella; en la medida en que has agredido a un "ser inocente" y lo has hecho "víctima injusta" de tu obrar o de tu omisión". (35)

Las proyecciones de un derecho a no ser dañado o, en su defecto, a una justa e integral reparación con jerarquía constitucional son vastísimas. A modo de ejemplo, su aplicación conducirá a que las limitaciones indemnizatorias contenidas en diferentes normas especiales —Código Aeronáutico, Ley de Navegación, etc.— deben sortear en su aplicación al caso concreto el test de constitucionalidad. Otro tanto ocurre con ciertas restricciones de los legitimados activos (como ocurre con el actual art. 1078 del Código Civil, que deja afuera a los convivientes entre otras víctimas. (36)

Esta idea de constitucionalización del derecho de responsabilidad por daños se encuentra fuertemente ratificada por la norma del art. 1º del nuevo Código que establece que los casos regidos por el mismo no sólo deben ser resueltos acudiendo a la ley, sino también de conformidad a la Constitución Nacional y los tratados humanos en los que la República sea parte. Como lo destaca Lorenzetti (37), "el gran cambio respecto del sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no sólo la ley, sino todo el Derecho. Dentro de ello se destaca la Constitución y los tratados internacionales que permiten concretar la constitucionalización del Derecho Privado"; luego agrega en relación al "bloque constitucional" que "es fuente de derecho en dos sentidos: directa, a través de normas que se aplican en las relaciones jurídicas de Derecho Público y Privado; indirecta, modificando el "espíritu informador del Derecho" y cambiando los principios generales".

Siendo entonces la propia Carta Magna la causa fuente directa del principio deber de no dañar (art. 19 CN) y, resultándonos claro e indubitable que el mismo presupone de manera previa y autónoma al deber de reparar el perjuicio ocasionado, el de su evitación, no puede sino concluirse que la función preventiva de la responsabilidad civil que ahora reconoce el nuevo Código, tiene linaje constitucional.

Apuntala tal idea la circunstancia de que la propia Constitución Nacional prevé en forma expresa disposiciones y mandas en orden a salvaguardar a la persona de la ocurrencia de hechos dañosos. Así por ejemplo, el art. 42 impone la implementación legislativa de procedimientos adecuados en orden a prevenir conflictos en que se vean involucrados consumidores y el art. 43 establece el amparo como herramienta judicial tendiente a la prevención de violaciones a los derechos y garantías reconocidos por la propia Constitución y,

particularmente, de los derechos de los consumidores, del ambiente y de los derechos de incidencia colectiva en general.

b) Igualdad (ética de los más vulnerables)

Según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, "los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta...", en tanto que el anteproyecto "...busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

La explícita incorporación de la función preventiva y del deber de evitación del daño en la nueva normativa se inscribe en esta línea conceptual, en tanto y en cuanto ello implica concretamente —y como antes señaláramos citando a Zavala de González— el reconocimiento normativo de un derecho a no ser dañado exigible erga omnes, lo que no puede sino ser interpretado como una política legislativa igualadora para todos los ciudadanos. Pero además, asigna a tal derecho el máximo respaldo legal, al fundarlo directamente en nuestra Carta Magna.

c) Tutela de los derechos de incidencia colectiva, además de los derechos individuales

Desde hace mucho tiempo se destaca la íntima relación existente entre los derechos de incidencia colectiva y la función preventiva de la responsabilidad civil, en tanto aquéllos constituye tierra fértil para la efectivización de esta última.

Particularmente, la doctrina se ha encargado de realzar la importancia que la función preventiva de la responsabilidad por daños tiene en los ámbitos del derecho ambiental y en el derecho de los consumidores. (38)

Por otra parte, esa íntima relación ya ha sido objeto de reconocimiento expreso por nuestro Ordenamiento Jurídico con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial. Así, por ejemplo, los arts. 52 y 53 de la Ley 24.240 legitiman a los consumidores o usuarios a iniciar acciones judiciales no sólo cuando sus intereses resulten afectados, sino también cuando se encuentran amenazados; la Ley General del Ambiente 25.675 que no sólo incluye en su art. 4º de manera expresa el principio de prevención, sino que además otorga legitimación a cualquier persona a interponer amparo colectivo para hacer cesar el daño ambiental, sin perjuicio de las acciones colectivas que también consagra; a nivel local, la Ley 10.000 de la Provincia de Santa Fe, que admite expresamente la legitimación difusa para proteger los intereses que hacen a la comunidad, particularmente los relativos al medio ambiente.

Sin embargo, tal relación se potencia en el nuevo cuerpo normativo.

El Código produce un cambio de paradigma regulatorio de enorme relevancia en materia de categorías de derechos respecto de su antecesor, ya que regula: 1. los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio (arts. 15 y 16, 225 y 235, y 1882 y ss.); 2. los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano, que no tiene contenido patrimonial (art. 17); 3. los derechos de las comunidades, que son diferentes de las personas individuales, sobre bienes que también son comunitarios (art. 18 y concs.). 4. los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240, 241). (39)

Asimismo, los arts. 240 y 241 estatuyen y regulan una de las manifestaciones más trascendentes de esta última categoría como los son los derechos ambientales. Se ha afirmado que esas disposiciones son la columna vertebral del sistema común del Derecho Ambiental dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que tratan de regular, por un lado, la necesidad de implementar efectivamente las ideas, normativas y regulaciones previstas en leyes especiales de Derecho Ambiental de presupuestos mínimos y, por otro, llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión —de colisión de principios— a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad, en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias, en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. (40)

De manera que, como expresáramos, el reconocimiento expreso contenido en el nuevo Código respecto del ámbito de los derechos de incidencia colectiva —especialmente el Derecho Ambiental y el Derecho de los consumidores— no hace sino realzar y jerarquizar a la función preventiva de la responsabilidad civil, elevando el objetivo preventivo a una de las máximas aspiraciones del derecho del derecho de daños y, por ende, equiparando a nuestro juicio la importancia del mismo al resarcitorio.

d) Nuevo paradigma en materia de bienes

En los Fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código se lee: "La mayoría de los Códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen nuevas comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiera una concepción más amplia, que ha sido receptada por el Anteproyecto".

De manera conteste, la regulación normativa del deber de prevención exige su cumplimiento para la

evitación de "un daño no justificado", además de imponer la adopción de medidas razonables para "evitar que se produzca un daño" o "disminuir su magnitud" y de agravar el daño si ya se produjo (art. 1710). Por su parte, la acción preventiva procede "cuando una acción y omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento". Como se ve, no hay calificación en dichas normas del tipo de interés que es objeto de protección. Ello torna aplicable la definición que nos brinda el mismo Código respecto del concepto de "daño" (art. 1737), de lo cual se desprende que la tutela legal (preventiva y resarcitoria) refiere a cualquier interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

A modo de ejemplo, el nuevo Código ha incorporado todo un capítulo (41) destinado a la regulación de los derechos y actos personalísimos, en donde se estatuye como principio general la inviolabilidad de la persona humana (art. 51), para luego reconocer de manera explícita la posibilidad de la víctima de accionar con el fin de obtener tutela preventiva cuando se afecte su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o de cualquier forma se afecte su dignidad personal.

En materia contractual, el art. 54 establece que no serán exigibles las prestaciones que impliquen poner en riesgo la integridad física del contratante, excepto que ello sea su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias, por lo que de no cumplirse con algunos de dichos requisitos, el deudor podría accionar para obtener tutela preventiva efectiva ya sea para exigir dichas condiciones o directamente para obtener la dispensa judicial de su cumplimiento.

De lo anterior se colige que la función preventiva y, particularmente, la acción preventiva que regula el nuevo régimen legal, se erigen como una herramienta de gran valía a efectos de amparar lo que ahora constituye el objeto de preocupación esencial del nuevo Ordenamiento: la persona humana.

El debido resguardo contra las acciones que atenten contra la dignidad de la persona encuentran ahora un amparo legal explícito y una regulación específica tendientes a hacerlas cesar.

#### e) Código basado en un paradigma no discriminatorio

El Código Civil y Comercial ha sido concebido no sólo tomando al hombre como centro del sistema, y el realzamiento normativo de su dignidad como tal se encuentra íntimamente relacionado con la garantía del trato no discriminatorio. Manifiesta al respecto Mosset Iturraspe que es precisamente por esa dignidad propia de la condición humana —cosa sagrada— que no se puede admitir discriminación alguna, sea por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. Y esa dignidad es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en la que se encuentre la persona y de las cualidades, así como de la conducta o comportamiento. (42)

En este aspecto, la función preventiva de la responsabilidad civil posibilita la evitación de los hechos discriminatorios como así también su cese y agravación. En tal sentido, la Ley Antidiscriminatoria en su art. 1° disponía: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos o garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión pública o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Bien se ha destacado que la norma no alude expresamente a la prevención en el sentido anticipatorio, pero puede considerarse que tal situación está comprendida: impedir, dejar sin efecto, hacer cesar y reparar, son los efectos que la norma comprende. (43) Como se observa, estaban allí ya presentes las dos facetas de la responsabilidad que hoy son contempladas expresamente por la nueva codificación: la preventiva y la reparatoria.

## V. Conclusión

Al margen de disquisiciones que consideramos secundarias cuando no fútiles (por ejemplo de tipo semánticas), evaluamos como un verdadero acierto el reconocimiento expreso que el nuevo Código Civil y Comercial ha hecho de la función preventiva como propia de la responsabilidad civil, y de la consecuente regulación de la acción preventiva.

Con ello, no sólo el legislador ha receptado de manera explícita lo que constituye la posición de un sector ciertamente mayoritario de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, sino que además ha reflejado en la nueva regulación la visión actual que impregna esta materia, que prioriza la situación de la víctima por sobre la respuesta que el Ordenamiento reserva para la conducta del victimario. Y en el marco de esta perspectiva "proteccionista" de la parte débil de la relación jurídica habida entre ambos, avanza decididamente resaltando el deber de prevención de todo daño, invocable por todos y contra todos (aunque dentro de los límites y condiciones que la propia norma impone), y proveyendo una herramienta que permite concretizar efectivamente aquélla imposición normativa.

Ponderamos la decisión del legislador de proporcionar soluciones que permiten actuar antes de la ocurrencia

del daño, de manera de intentar eludirlo, y no luego de su causación, en procura de su reparación, por cuanto de esa manera el Ordenamiento brega en forma cierta y concreta por conseguir evitar que una persona se convierta en víctima de perjuicios, lo cual, a la vez, se muestra en línea con la manda constitucional que obliga no dañar los derechos de los demás (art. 19 CN).

Por otra parte y adicionando a las fundamentaciones dogmáticas que hasta el momento ha desarrollado la doctrina, es posible a partir del nuevo Código referir a una nueva, que aquí denominamos contextual, y que tiene atingencia con la estrechísima relación que existe ahora entre la "nueva" función de la responsabilidad civil y los ejes centrales que conforman la estructura del Código Civil y Comercial. La función preventiva de la responsabilidad civil encuentra ahora razón de ser en el nuevo ordenamiento en tanto y en cuanto engarza en la sintonía de los nuevos postulados, a la vez que constituye una de las herramientas incorporadas a la regulación civil y comercial que permite realizarlos de manera efectiva.

Así es factible aseverar que la decisión de reconocer normativamente la función preventiva y de regularla en forma explícita, se traduce en una respuesta del Ordenamiento Jurídico que tiene en miras a la "Persona" en sus múltiples facetas, a fin de brindarle una protección más adecuada a los nuevos tiempos, más efectiva y por ende más justa.

(1) PREVOT, Juan Manuel, "¿Prevenir, punir o resarcir. La finalidad de la responsabilidad civil", LL 2009-B-747 y ss.

(2) Sección 2ª, Capítulo I, Título V, titulada "Función preventiva y punición excesiva".

(3) MOSSET ITURRASPE Jorge, "Responsabilidad por daños", t. 1 "Parte General", Rubinzal-Culzoni, p. 17, 35, ss. y cc.

(4) LÓPEZ HERRERA Edgardo, "Teoría general de la responsabilidad civil", LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 39 y ss.

(5) BUERES Alberto J., "Culpa y riesgo. Sus ámbitos", Revista de derechos de daños, Rubinzal-Culzoni, 2006 "Creación de riesgos I".

(6) PICASSO Sebastián, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", publ. en Responsabilidad Civil y Seguros 2015-IV, 5.

(7) PICASSO Sebastián, *ibídem*, p. 5.

(8) PANTALEÓN Fernando, "Cómo pensar la responsabilidad extracontractual" en "La responsabilidad en el derecho", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 4, 2000, p. 173.

(9) LLAMAS POMBO, "Cumplimento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la "aestimatio rei y el id quod interes", Trivium, Madrid, 1999, p. 87. Aunque posteriormente terminó admitiendo, el menos como un efecto secundario o inducido, que la responsabilidad civil no sólo repara o indemniza, sino que "día a día adquiere cierto carácter retributivo, disuasorio, de prevención de conductas antisociales y dañosas".

(10) BUSTAMANTE ALSINA Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª ed., Abeledo Perrot, 1997, p. 73.

(11) PIZARRO Ramón Daniel, "Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa", t. I, La Ley, ps. 6 y 8.

(12) LLAMBÍAS Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", 5ª ed. Actualizada por Patricio Raffo Benegas, t. III, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 450.

(13) TRIGO REPRESAS Félix A. - LÓPEZ MESA Marcelo J., "Tratado de responsabilidad civil", t. 1, La Ley, p. 64.

(14) PICASSO Sebastián, *op. cit.*, p. 6; MARÍÑO LÓPEZ Andrés, "Los fundamentos de la responsabilidad contractual", Carlos Álvarez, Montevideo, 2005, p. 84. PREVOT Juan Manuel, "¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil", LL 2009-B-747.

(15) PIZARRO Ramón Daniel - VALLESPINOS Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 462.

(16) ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, "Función preventiva del daño", LL 2011-E-1116.

(17) LORENZETTI Ricardo Luis, "La tutela civil inhibitoria", LL 1995-C-1217. Del mismo autor, "Las normas fundamentales del derecho privado", Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 280.

- (18) DE CUPIS Adriano, "El daño", 2ª ed., Bosch, Barcelona 1975, p. 575 y ss.
- (19) VÁZQUEZ FERREYRA Roberto, "Responsabilidad por daños", Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 235.
- (20) LÓPEZ HERRERA Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista de Derecho de daños 2008-2, p. 193 y ss.
- (21) ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, op. cit., p. 1116.
- (22) LLAMBÍAS POMBO Eugenio, "La tutela inhibitoria del daño. La otra manifestación del derecho de daños", RCyS 2002-181.
- (23) VERGARA Leandro, "La prevención en el derecho de la responsabilidad civil", RCyS 2003-252.
- (24) CALABRESI Guido, "El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", Ariel, Barcelona, citado por MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ Graciela N., "Función actual de la responsabilidad civil", en "Derecho de daños - Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", Ediciones La Rocca, p. 46.
- (25) Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Título V, Capítulo 1 "Responsabilidad Civil. 1. Sistema y funciones".
- (26) Fundamentos del Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación; n. 261.
- (27) Reconociendo así la distinción que debe hacerse entre Ley y Derecho, aunque luego ello no se plasme con total claridad en el articulado, según VIGO Rodolfo L., "Comentarios al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación: El Derecho y la interpretación en el Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial", publ. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, "Proyecto de Código Civil y Comercial I", Rubinzal-Culzoni, p. 43.
- (28) LORENZETTI Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", LL 2014-E-1243.
- (29) LORENZETTI Ricardo L., ibídem, p. 1243.
- (30) A título de ejemplo, cabe recordar el trabajo de LORENZETTI Ricardo L., "Fundamento constitucional del derecho de daños", publ. en LL 2003-C-1184.
- (31) CSJN "Gunther, Fernando Raúl c. Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario", 05/08/1986, t. 308, p. 1118.
- (32) CSJN, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.", t. 308 f. 1160.
- (33) CSJN, "Gunther...", cit.
- (34) ALTERINI Atilio Aníbal, "Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil", publ. en LL 2012-D-1154, citando a ZENO ZENCOVICH Vincenzo, "Le basi costitucionali di un Ditrito Privado Europeo" en "Europa e Ditrito Privado", año 2003, n. 1, p. 19.
- (35) MOSSET ITURRASPE Jorge, "Derecho Civil Constitucional", Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 418.
- (36) MOSSET ITURRASPE Jorge, op. cit., p. 422.
- (37) LORENZETTI Ricardo Luis (director), "Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado", t. I, Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 28 y 29.
- (38) SAUX Edgardo Ignacio, op. cit., p. 41; VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., op. cit., p. 237.
- (39) LORENZETTI Ricardo Luis, op. cit. n. 29, t. I, ps. 78/79.
- (40) LORENZETTI Ricardo Luis, ibídem, t. I, p. 800.
- (41) Capítulo 3 ("Derechos y actos personalísimos"), Título I ("Persona Humana"), Libro Primero (Parte General).
- (42) MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 271.
- (43) MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 281.

